

Jurisdicción: Penal

Procedimiento abreviado núm. 63/1997.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Márquez de Prado y Pérez.

PRESUNCION DE INOCENCIA: Pruebas válidas para enervarla: intervenciones telefónicas: valor probatorio: transcripción mecanográfica: requisitos: doctrina jurisprudencial; Reproducción en el juicio oral: audición en el plenario: prueba de cargo válida.

PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS: requisitos; Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo: inexistencia: consejero de Obras Publicas que dicta Resolución en asunto de adjudicación de obra movido por los intereses de la Administración.

REVELACION DE SECRETOS E INFORMACION PRIVILEGIADA: Revelar los secretos que conoce por razón de su cargo: requisitos; existencia: director general de Carreteras que facilita a su hermano información sobre expediente de adjudicación de obra pública.

TRAFICO DE INFLUENCIAS: Particular que influyere en un funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar un beneficio económico: requisitos: inexistencia: falta de influencia basada en situación de prevalimiento sobre las resoluciones a adoptar por consejero de Obras Públicas; Solicitar de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptar ofrecimiento o promesa: existencia: particular que ofrece hacer uso de su influencia con su hermano, director general de Carreteras, para conseguir la adjudicación de obra pública, a cambio del cobro de comisiones.

COHECHO: Atender las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos: existencia: presidente de consejo de administración de empresa constructora que entrega importantes cantidades de dinero con la finalidad de que le fuera adjudicada una determinada obra pública.

FALSEDADES: Falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles: en documentos mercantiles por particular: existencia: elaboración de facturas con un contenido totalmente inveraz, al no responder al pago que con las mismas se quiere justificar, correspondiendo a unos negocios jurídicos inexistentes.

*La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla **condena** a don Manuel como autor de un delito de revelación de secretos, a la pena de un año de suspensión de cargo público y multa de 150.000 ptas.; a don Jorge como autor de un delito de tráfico de influencias, a la pena de tres meses de arresto mayor; a don Jesús como autor de un delito de cohecho y otro delito de falsificación de documento mercantil, a las penas de tres meses de arresto mayor y multa de 110.000.000 de ptas. y un año de prisión y multa de doce meses con una cuota diaria de 5.000 ptas.; a don Luis como autor de un delito de cohecho, y como encubridor de otro delito de falsedad en documento mercantil, a las penas de 100.000 ptas. de multa y 14.000.000 de ptas. de multa, y ocho meses de prisión y multa de seis meses con una cuota diaria de 5.000 ptas.; Asimismo **absuelve** a don Juan de los delitos de cohecho y prevaricación por los que venía siendo acusado; a don Manuel de los delitos de cohecho y tráfico de influencias por los que venía acusado; a don Jorge de uno de los delitos de tráfico de influencias por el que venía siendo acusado; a don Jesús y a don Luis de los delitos de presentación en juicio de documento mercantil falso y del delito de tráfico de influencias de que se les acusaba.*

En la ciudad de Sevilla, a veintinueve de diciembre de 1999.

Vista, en juicio oral y público, por la Sección Primera de esta Audiencia, la causa demandante de las Diligencias

Previas tramitadas en el Juzgado de Instrucción señalado, seguidas por delito de cohecho, falsificación de documento mercantil, presentación en juicio de documento mercantil falso, tráfico de influencias, revelación de secreto y prevaricación contra los acusados:

Don Juan Jose L. M. , con DNI número ..., natural de Adra (Almería), nacido el día 26/7/38, hijo de Juan y Encarnación, casado, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, solvente y en libertad provisional por esta causa, con domicilio en Granada, calle Las Mercedes numero ..., representado por el Procurador D. Jacinto García Sainz y defendido por el Letrado D. José A. García Fernández.

Don Manuel O. M. , con DNI número ..., natural de Sevilla, nacido el día 14/10/45, hijo de Manuel y Concepción, casado, Ingeniero de Caminos y con domicilio en Sevilla, calle Tabladilla numero ..., en libertad provisional por las presentes actuaciones, de solvencia no acreditada, representado por el Procurador D. Mauricio Gordillo Cañas y defendido por el Letrado D. Angel Zamora Carranza,

Don Jorge O. M. , con DNI número ..., natural de Sevilla, nacido el 4/11/46, hijo de Manuel y Concepción, casado, negocios, y con domicilio en Gerena, Dehesa de Guadíamar 4..., representado por la Procuradora María Dolores Airones Castillo y defendido por el Letrado José A. Bosch Valero, y preso preventivo por esta causa desde el día 15 de julio de 1992 hasta el día 17 de julio de 1992, y de solvencia no acreditada.

Don Jesús R. B. , con DNI número ..., natural de Padrón (La Coruña), nacido el día 6/12/28, hijo de Gerardo y Carmen, casado, Ingeniero de Caminos y con domicilio en Madrid, calle Juan Bravo numero ..., solvente y en libertad provisional por esta causa, representado por la Procuradora Da. Purificación Berjano Arenado y defendido por el Letrado D. Francisco Baena Bocanegra.

Don Luis N. M. con DNI número ..., natural de Madrid, nacido el 20/5/46, hijo de Benito y Pilar, casado, Ingeniero de Caminos, con domicilio en Madrid, calle López de Hoyos ..., solvente y en libertad provisional por las presentes actuaciones representado por la Procuradora Dª Purificación Berjano Arenado, y defendido por el Letrado Dª Francisco Baena Boganegra.

Han sido partes acusadoras el Ministerio Fiscal, la Junta de Andalucía, defendida por el Letrado D. José Mª Monzón Ristori, Izquierda Unida, representada por el Procurador D julio Paneque Guerrero y defendida por el Letrado D. Manuel S. Fernández del Pozo y el Partido Popular, representado por el Procurador D José Tristán Jiménez y defendido por el Letrado D. Manuel Seco Gordillo.

Es Ponente el mismo. Sr. Magistrado D Julio Márquez de Prado Pérez que expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos:

Prevaricación, previsto y penado en el artículo 358 del Código Penal (RCL 1973\2255) vigente a la fecha de los hechos.

Cohecho, tipificado en el artículo 391 del Código Penal vigente a los autos. Revelación de Secretos del artículo 368 del Código Penal vigente cuando los hechos.

Tráfico de influencias del artículo 404 bis b) y 404 bis c) del Código Penal vigente a la fecha de los hechos.

Falsedad de documento mercantil, del artículo 303 en relación con el 302,1º y 9º del antiguo Código Penal (392 en relación con el 390,2º del actual [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777]) o alternatively, un delito de presentación en juicio de documento mercantil falso del artículo 304 antiguo y estimando autores de los hechos a los siguientes acusados:

Juan José L. M., de un delito de prevaricación del artículo 358 del Código Penal, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, pidió se le impusiera seis años y un día de inhabilitación especial y costas. Manuel O. M., autor de un delito de revelación de secretos del artículo 368 o alternatively del artículo 367 del CP, pidió se le impusiera la pena de seis años y un día de inhabilitación especial, multa de 63.845.200 ptas. con arresto sustitutorio en caso de impago de tres meses y costas, o alternatively por el del 367 la de dos años de suspensión, multa de 150.000 ptas., y costas.

Jesús R. B., autor de un delito de cohecho del artículo 391 (423 1 y 2 Código Penal vigente) o alternatively de un delito de tráfico de influencias del artículo 404 bis b del CP (429 Código Penal vigente) por cooperación necesaria ambos; un delito de falsedad en documento mercantil del artículo 303 en relación con el 302,1 y 9 (392 y 390,2º Código Penal vigente), o alternatively de un delito de presentación en juicio de documento mercantil falso del artículo 304, todos ellos del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le imponga por el delito de cohecho ocho meses de prisión, con aplicación del artículo 71.2 del Código Penal, inhabilitación especial durante dieciocho meses, multa de 127.690.400 pesetas con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de tres meses y costas; por el delito de tráfico de influencias la pena de tres meses de arresto mayor y multa de 100.000 ptas., y costas; por el delito de falsedad veinte meses de prisión y multa de seis meses, con cuota diaria de 5.000 ptas., con aplicación en su caso del artículo 53 del Código Penal y costas, o alternatively, por el delito de presentación en juicio de documento

mercantil falsificado, cinco meses de prisión y multa de cuarenta y cinco días con cuota diaria de 5.000 ptas. y aplicación del artículo 53 del Código Penal y costas.

Luis N. M., autor de un delito de falsificación de documento mercantil del artículo 303 en relación con el 302, 1 y 9 del Código Penal o alternatively de un delito de presentación en juicio de (documento mercantil falso del artículo 304 del CP o alternatively, encubridor de un delito de cohecho del artículo 391, del Código Penal, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se imponga por el delito de falsedad veinte meses de prisión y multa de seis meses, con cuota diaria de 5.000 pesetas, con aplicación en su caso del artículo 53 del Código Penal y costas, o alternatively por un delito de presentación en juicio de documento mercantil falso la pena de cinco meses de prisión (con aplicación del 7 1.2) y multa de cuarenta y cinco días con cuota diaria de 5.000 ptas., y aplicación del artículo 53 del CP vigente y costas; por el delito de encubrimiento de cohecho conforme a los artículos 451 y 423, 1 y 2 del Código Penal seis meses de prisión y costas. Jorge O. M., autor de un delito de tráfico de influencias del artículo 404 bis c) del Código Penal antiguo (430 del Código Penal vigente), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se le imponga por el delito de tráfico de influencias tres meses de arresto mayor, accesorias y costas. Además, interesó el comiso de los 22000.000 de pesetas intervenidos, como efecto del delito conforme al artículo 48 del Código Penal vigente a los hechos (43 1 del Código Penal vigente)

La acusación Particular IZQUIERDA UNIDA modificó sus conclusiones provisionales, manteniendo sustancialmente los hechos contenidos en la primera provisional, a excepción de la frase contenida en la quinta línea «y en convivencia con éste» y la última frase a partir de «Para mas facilidad... hasta el final del párrafo».

En cuanto a la calificación jurídica y penas, se retira la acusación contra el Sr. L. M. y se acusa: a D Manuel O. M. por un delito de revelación de secreto del artículo 367 del Código Penal y solicita se imponga la pena de dos años y un día de suspensión y 200.000 ptas. de multa, con arresto sustitutorio en caso de impago.

a D. Jorge O. M., por un delito de tráfico de influencias del artículo 404 bis c), y solicita se imponga una pena de tres meses de arresto mayor.

a D. Jesús R. B., por un delito de falsedad del artículo 303, en relación con el 302, 1 y 9 del Código Penal, solicita se le imponga la pena de dos años de prisión menor y multa de 500.000 ptas., con arresto sustitutorio; alternatively, por un delito de presentación en juicio de documento falso del artículo 304, y solicita se le imponga la pena de tres meses de arresto mayor, así como las accesorias, costas y decomiso de la cantidad intervenida.

La acusación particular JUNTA DE ANDALUCIA calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos:

Tráfico de influencias del artículo 404 bis c del Código Penal.

Revelación de Información del artículo 367 del Código Penal.

Falsificación de documento del artículo 303 del Código Penal en relación con el artículo 302, 1º y 5º del Código Penal.

Presentación en juicio de documento falso del artículo 304 del Código Penal y alternatively del artículo 307.

Son autores Jorge O. M., Jesús R. B. y Luis N. Miguel S. del delito de trafico de influencias; Jesús R. B. autor de un delito de falsificación de documento; Jesús R. B. y Luis N. M. S. autores de un delito de presentación en juicio de documento Falso y Manuel O. M. autor de un delito de revelación de información, sin concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, interesando se imponga a los acusados las siguientes penas:

A Jorge O. M., Jesús R. B. y Luis N. M. S. por el delito de tráfico de influencias la pena de tres meses de arresto mayor; a Jesús R. B. y Luis N. M. S. veinte meses de prisión por el delito de falsedad en documento público y multa de un millón de pesetas.

A Jesús R. B. y Luis N. M. S. cinco meses de prisión y multa de cien mil pesetas por el delito de presentación en juicio de documento mercantil falso.

A Manuel O. M., tres años y un día de inhabilitación especial para el empleo o cargo público y multa de ciento cincuenta mil pesetas por el delito de revelación de información.

La acusación Particular PARTIDO POPULAR calificó los hechos como constitutivos de los siguientes delitos:

1º.- Prevaricación del artículo 358 del antiguo Código Penal (RCL 1973\2255) y 404 del nuevo Código Penal (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) .

2º.- Cohecho del artículo 386 del antiguo Código Penal y 4 19 del vigente Código.

3º.- Revelación de secretos del artículo 368 del antiguo Código Penal y en los artículos 442 del nuevo Código.

4º.- Tráfico de influencias de los artículos 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c) del antiguo Código Penal y en los artículos 428 y siguientes del nuevo Código Penal.

5°.- Falsedad en documento mercantil de los artículos 302 y siguientes del antiguo y 390 del nuevo Código Penal.

Del delito de cohecho son responsables, en concepto de autor:

Juan José L. M. y Manuel O. M., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 419 vigente del Código Penal (artículo 386 del antiguo)

Jesús R. B., por aplicación de lo dispuesto en el artículo 423 del vigente Código Penal (artículo 391 del antiguo)

Y de aplicarse el antiguo Código Penal, es responsable en concepto de encubridor el acusado Luis N. M. S..

Del delito de prevaricación es responsable en concepto de autor Juan José L. M., en aplicación de lo dispuesto en el artículo 404 del vigente Código Penal (artículo 358 antiguo).

Del delito de revelación de secreto es responsable en concepto de autor Manuel O. M., por aplicación de lo dispuesto en el artículo 442 del Código Penal (artículo 368 antiguo).

Del delito de tráfico de influencias son responsables en concepto de autor:

Manuel O. M., en virtud de lo establecido en el artículo 428 del Código Penal (artículo 404 bis a) del antiguo).

Jorge O. M., por aplicación del artículo 429 del vigente Código Penal (artículo 404 bis b) y c) del antiguo).

Del delito de Falsedad en documento mercantil son responsables en concepto de autor Jesús R. B. y Luis N. M. S., conforme a lo dispuesto en el artículo 392 del Código Penal (artículo 303 del antiguo).

No concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitando se imponga a los acusados:

A Juan José L. M., como autor del delito de cohecho, la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, inhabilitación por igual tiempo y multa de 127.690.400 ptas., por aplicación del artículo 386 del Código Penal antiguo, más beneficioso que el nuevo.

Como autor del delito de prevaricación, la pena de inhabilitación especial por diez años, por aplicación del artículo 358 del Código Penal, más beneficioso que el nuevo.

A Manuel O. M., como autor del delito de cohecho, la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, inhabilitación por igual tiempo y multa de 127.690.400 ptas., por aplicación del artículo 386 del Código Penal antiguo, mas beneficioso que el nuevo.

Como autor del delito de revelación de secretos, la pena de inhabilitación especial por 6 años y 1 día y multa de 127.690.400 ptas., por aplicación del artículo 368 del Código Penal antiguo, más beneficioso que el nuevo.

Como autor del delito de tráfico de influencias la pena de seis meses de arresto mayor, inhabilitación especial por diez años y multa de 127.690.400 ptas., por aplicación del artículo 404 bis a) del Código Penal antiguo, más beneficioso que el nuevo.

A Jorge O. M., como autor de un delito de tráfico de influencias del artículo 404 bis b) del antiguo Código Penal, mas beneficioso que el nuevo, la pena de seis meses de arresto mayor y multa de 127.690.400 ptas. Como autor del delito de tráfico de influencias del artículo 404 bis c) del viejo Código Penal, que en este punto es también mas beneficioso que el moderno, la pena de seis meses de arresto mayor.

A Jesús R. B., como autor del delito de cohecho, la pena de ocho meses de prisión, dieciocho meses de inhabilitación y multa de 127.690.400 ptas., por aplicación del artículo 423 del Código Penal moderno, mas beneficioso que el antiguo, y con aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 1.2 del vigente Código Penal.

Como autor del delito de falsedad en documento mercantil, la pena de diez meses de prisión y multa de 10 meses (a razón de 5.000 ptas./día) por aplicación del artículo 392 en relación con el 390 del Código Penal vigente, mas beneficioso que el aplicable en el momento de los hechos.

A Luis N. M. S., como autor del delito de falsedad en documento mercantil, la pena de diez meses de prisión y multa de 10 meses (a razón de 5.000 pesetas día), por aplicación del artículo 392 en relación con el 390 del Código Penal vigente, más beneficioso que el aplicable en el momento de los hechos.

Como encubridor del delito de cohecho, la pena de cuatro meses de arresto mayor, por aplicación del artículo 391 del antiguo Código Penal, más ventajoso que el vigente.

Las defensas de los acusados, solicitaron la absolución de sus defendidos, con declaración de las costas de oficio.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO Con fecha 1 de junio de 1991 se redactó el Proyecto de OBRAS DE DESDOBLAMIENTO DE LA CN-321 DESDE EL PUERTO DE LAS PEDRIZAS A SALINAS, dentro del Plan de Obras Públicas seguido por la Junta de Andalucía, que previa supervisión con fecha 4 de octubre fue aprobado por resolución del Consejero de Obras Públicas de la referida Junta, D. Juan José L. M., acusado en este procedimiento, mayor de edad y sin antecedentes penales, el día 7 de octubre de 1991.

Por acuerdo de 6 de noviembre del mismo año, se inicia el expediente administrativo para su ejecución, mediante el procedimiento de «concurso con admisión previa», en el que con fecha 13 de noviembre de 1991 y según Resolución de la Dirección General de Carreteras se acuerda el inmediato anuncio de la convocatoria para la contratación de las correspondientes obras, lo que se lleva a cabo, publicándose en el BOJA (nº 112 de 24/12/91) Diario Oficial de la CE (nº 5242 de 21/12/91) y BOE (nº 14 de 16/1/92), señalándose en la convocatoria que el precio estimativa del presupuesto de la contrata era de 3.674.617.204 ptas., sin especificación del pago de anualidades y con plazos de presentación de proposiciones hasta el 17/12/92, y de ejecución de la obra de 24 meses.

De conformidad con las normas aplicables, y de acuerdo con el Pliego de Condiciones Generales, se suceden los siguientes hechos en el expediente: -a) El día 2 1/2/92, se reúne la Mesa de Contratación constituida por D. Julio César García Sánchez, como Presidente, Dª María Natividad Fernández Ruiz como Secretaria, y como vocales, Dª Cristina Vargas Sánchez, D Manuel Borreguero Ruiz y Dª Catalina Herrero Moreno, que procede a la apertura de los Sobres número 1 (documentación administrativa, acreditativa de la capacidad y personalidad del licitador, que determina la cláusula 6.1.1. del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares específicas de la Obra); y del sobre número 2 (oferta técnica, según los criterios objetivos para la admisión previa, con los documentos señalados en la cláusula 6.1.2, del citado Pliego).

Tras el examen de la documentación expuesta, se concedió un plazo para subsanar errores y omisiones, cumplido el cual, el día 2 de marzo, la Mesa se reúne de nuevo valorando definitivamente la documentación, procediéndose, en acto público a la apertura del sobre número 3 (proposición económica), dándose lectura de los licitadores admitidos y de los excluidos, sin que se formulara protesta o reclamación alguna, resultando 32 las empresas concursantes que se redujeron a 31, por haber presentado una de ellas la proposición fuera de plazo, y 63 las ofertas, ya que hubo empresas que presentaron una Oferta Base y distintas variantes técnicas con modificaciones al proyecto inicialmente elaborado por la Administración en usos casos, o de tipo económico que se limitaban a formular su costo de ejecución

Las entidades Ocisa y Sacyr, en el sobre número 2, y Ferrovial, en el sobre número 3, introdujeron, las denominadas variantes financieras, por las que diferían el pago respecto de las certificaciones anuales de obra, dentro del plazo contractual de ejecución de 24 meses.

b) Las 63 ofertas, presentadas y admitidas, que integraban el expediente completo, se remitieron por la Mesa de Contratación, a la Dirección General de Carreteras, que inmediatamente las hizo llegar al Servicio de Construcción, integrado por los mismos funcionarios técnicos que iban mas tarde a componer la Comisión Técnica, D. Angel Távira Herrero, D José Álvarez Jiménez y D. Rafael Garrido Torres, para que, adelantando su estudio a cuando fuesen nombrados pudieran trasladar a la Mesa de Contratación la Memoria Técnica con indicación de la terna de las empresas mejor puntuadas.

Dicho estudio, aun cuando se habían ofertado variantes financieras, se limitó a valorar las ofertas técnicas y propuestas económicas, sin considerar aquellas, que contenían adelantamientos de obra y pagos posteriores o aplazados.

Puntuando de CERO A SEIS PUNTOS las «ofertas técnicas y económicas», resultó con la mayor puntuación la empresa Agroman en su variante 5ª, con 6 puntos en la técnica y 6 puntos en la económica (2.572.232.000 ptas.), totalizando 12 puntos, seguida de otras 12 ofertas que obtuvieron 11 puntos, entre ellas la Oferta Base de Ocisa, con 5 en la técnica, y 6 en la económica (2.568.189.964 ptas.). Seis ofertas se calificaron con 10 puntos. Cinco ofertas obtuvieron 9 puntos; entre ellas la variante 8ª de Ocisa (que sería la adjudicataria), con 5 puntos en la técnica y 4 en la económica (2.854.810.106 ptas.).

La sola diferencia entre ésta y la oferta base de Ocisa, residía en el precio, cuyo incremento se justificaba en el aplazamiento de su pago en tres anualidades: en 1992, 10.000.000 de ptas.; en 1993, 750.000.000 de ptas. y 2094.810.106 ptas. en 1994.

Las empresas Fomento de Obras y Construcciones y Construcciones y Contratas, por aquellas fechas en trámite de fusión, concurrieron con 6 ofertas, 5 la primera y 1 la segunda, resultando ésta última calificada con 2 puntos, 5 en la técnica y 6 en la económica (2.582.230.143 ptas.) y con 9 puntos la oferta base de Fomento, 5 en la técnica y 4 en la económica (2.771.763.756 ptas.).

c) Los referidos estudios y valoraciones se llevaron a cabo durante los meses de marzo y abril de 1992, durante los que el Director General de Carreteras, también acusado D Manuel O. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, tenía puntual información al despachar con él en diferentes ocasiones D. Angel Távira Herrero, que después sería el Presidente de la Comisión Técnica,

d) El día 5 de mayo, el Director General D. Manuel O. M., se reunió con el Consejero D. Juan José L. M., informando a éste del resultado de los estudios de las ofertas técnicas y económicas, y sometiendo a su consideración el nombre de 4 empresas que, a su juicio, podrían ser las idóneas, a saber, Focsa (11 puntos: 5 en la técnica y 6 en la económica-), Ocisa (11 puntos: 5+6), Ginés Navarro (10 puntos: 4+6) y Azvi-Rus (7 puntos: 3+4),

sin someter a la consideración del Sr. L. M. la variante 5ª de Agroman (12 puntos: 6+6) ni las de otras diez ofertas de empresas que fueron calificadas con 11 puntos.

En dicha reunión el citado Consejero se decantó a favor de la empresa Ocisa, atendiendo a criterios de profesionalidad, experiencia, seriedad y ejecutoria de la misma en otras obras dentro del territorio, indicando al Director General la conveniencia de que los técnicos valoraran las ofertas o variantes financieras presentadas y que fueron admitidas por la Mesa de Contratación, junto con las ofertas técnicas y económicas, y de que se reuniera con el Delegado Regional de Ocisa, D Maximiliano Navascués Redondo para negociar sobre la base del adelantamiento de la obra, es decir, manteniendo los plazos de ejecución (deshaciendo el pago de los 2094.8 10.106 ptas. del año 1994, por mitad entre dicho año y el 1995), lo que materialmente suponía diferir el pago un año mas y dividirlo prácticamente en 3 partes (1993-750.000.000 de ptas.; 1994 -1.047.000.000 de ptas. y 1995 -1.047.000.000)

El Sr. Navascués, al carecer de facultades para ello, trasladó la propuesta del Director General, a D. Jesús R. B., Presidente del Consejo de Administración de Ocisa, también acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, quién la aceptó.

e) Al mismo tiempo, y nombrada la Comisión Técnica por el Director General de Carreteras, el día 11 de mayo de 1992, que integran como Presidente, D Angel Tavera Herrero, como Secretario, D José Álvarez Jiménez y, como vocal, D. Rafael Garrido Torres, se redacta por aquella el informe definitivo con fecha 22 de mayo, en el que manteniendo las iniciales puntuaciones técnicas y económicas, se puntuó, además, por indicación del Director General, la variable financiera sugerida por el Sr. Consejero, valorando las proposiciones de las empresas a diferir el pago de las anualidades previstas, respetando el plazo de ejecución, (lo que se conoce como anticipación o adelantamiento de obra), con puntuación de 0 a 6.

Así, se concede 1 punto más a la oferta de ferroviaria, 5 puntos más a las variantes 8ª, 9ª, 10ª y 1 la de Ocisa, y 6 a la de Sacyr. Las demás empresas que no ofertaron condiciones financieras no obtuvieron puntuación por este concepto.

Con ello la Comisión Técnica propone que el adjudicatario a determinar por el Órgano de Contratación, salga de la tema siguiente:

Ocisa, variante octava, 14 puntos (5+4+5)

Sacyr, variante segunda, 13 puntos (6+ 1+6)

Agroman, variante quinta, 12 puntos (6+6+0)

f) Trasladado el anterior informe por la Comisión Técnica a la Mesa de Contratación el citado día 22 ésta hace suya la tema propuesta el día 2 de junio, seleccionando el Sr. Consejero de Obras Públicas y Transportes, provisionalmente la oferta del concurso con trámite de admisión previa para la obra «Desdoblamiento de la CN-321, desde el puerto de las Pedrizas a Salinas», de la empresa Obras y Construcciones Industriales, SA (Ocisa) POR UN IMPORTE DE 2.854.810.106 PTAS. (es la variante 8ª presentada) el día 3/6/92. En el mismo día, por Fax, se comunicó a dicha entidad que había sido seleccionada provisionalmente para la ejecución de la obra citada.

El día 25 de junio se remitió el expediente para fiscalización al Interventor Delegado de la Consejería de Obras Públicas.

g) El día 21 de julio de 1992, informado D. JUAN JOSÉ L. M. por D Manuel O. M., de hechos acaecidos, que se relataran en las ordinales siguientes, ordena la paralización del expediente y que se remita al Viceconsejero, lo que se efectúa el día siguiente 22, en que fue devuelto por el Interventor Delegado a quien había sido remitido para su fiscalización, sin que lo hubiese efectuado hasta la fecha.

Se dio traslado a la Secretaría General Técnica para dictamen por los Servicios Jurídicos acerca de dejar sin efecto la resolución de 3/6/92, que se emite el 29 de septiembre siguiente en sentido afirmativo, dado su carácter de instrumental, y por tanto provisional, en tanto se otorgara el contrato, en razón a la modalidad del sistema de adjudicación elegida, «Concurso con trámite de admisión previa», dejándose sin efecto la resolución de adjudicación.

Y así, en el expediente, clave I-MA-1 61, la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía dicta resolución el día 12 de abril de 1993 declarando desierto el concurso, la cual recurrida por la entidad OCP, Construcciones S A (antes Ocisa) se confirma por sentencia de fecha 25/9/96, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA, con sede en Sevilla, recurso numero 166/93 (folios 344 y S.S., del rollo 8326/98, del presente procedimiento).

SEGUNDO En fechas no concretadas, anteriores a febrero de 1992, sobre el mes de septiembre de 1991, el acusado D Jorge O. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, venía concertado con otra persona imputada en esta causa, cuya conducta no se enjuicia al haber fallecido durante su tramitación, el día 9 de noviembre de 1998, a fin de obtener beneficios económicos cobrando comisiones a las empresas que resultaran adjudicatarias para ejecutar determinadas obras que promovía la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, donde ejercía el cargo de Director General de Carreteras desde el año 1991, su hermano D Manuel O. M., para lo cual simulaban ejercer una decisiva influencia en las decisiones de dicho Organismo, a través de sus máximos responsables, determinante de las adjudicaciones que dependerían de la aceptación o no del pago de la comisión

para lo que alegaban estar facultados para conseguirlas o impedir las.

Para ello, D Jorge O., instigado por esa otra persona conocedora de su precaria situación económica en su condición de acreedor suyo por varios millones de pesetas, en sus frecuentes reuniones con su hermano D Manuel O., intentaba obtener informaciones precisas sobre el trámite de los diferentes expedientes seguidos en la referida Dirección General, y sobre todo, de las mejores opciones de las empresas que pudieran ser las adjudicatarias, todo ello al margen de buscar cualquier otro medio que les facilitase los datos tendientes a conocer cuantas vicisitudes se iban produciendo a lo largo del proceso de adjudicación, especialmente las relacionadas con los informes técnicos que se iban emitiendo una vez abiertas las plizas de los concursos, y que iban concretando el cupo de las empresas con mayores posibilidades para aprovechar esas primicias informativas en sus actividades de presión.

Así, en relación con el expediente a que se ha hecho mención en el ordinal precedente, sobre OBRAS DE DESDOBLAMIENTO DE LA CN-321 DESDE EL PUERTO DE LAS PEDRIZAS A SALINAS, y tras negociaciones con responsables de la entidad FOCSA que en el curso del expediente aparecía con mayores expectativas y fue una de las 4 empresas que el Director General, presentó al Consejero en su reunión de 5 de mayo de 1992 (martes), modifican su estrategia, al recibir D Jorge información puntual de su hermano en el sentido que el Consejero había optado por la empresa Ocisa y le había indicado a D. Manuel la conveniencia de entrevistarse con el Director Regional de la misma, D Maximiliano Navascués Redondo, para obtener mejoras en las condiciones de pago, y de que se valorasen las ofertas financieras no tenidas en cuenta por la Comisión Técnica, sabedor de que con esa puntuación la citada empresa Obras y Construcciones Industriales SA conseguiría una posición de privilegio para la adjudicación de las obras.

Dicha información, recibida de primera mano, por D. Jorge O., es transmitida por éste a su socio, quien de forma inmediata corra con D Jesús R. B., Presidente del Consejo de Administración de Ocisa, a quien ofrece su mediación, para con su influencia en la Consejería de Obras Públicas, obtener la adjudicación de las referidas obras, logrando con éste un convenio, en el que, de resultar adjudicataria, pagaría una comisión resultante de aplicar al precio de la oferta base propuesta (2.568.189.64) el 4%, incrementado en el 10% de ésta última cantidad, y a su vez con el Impuesto de Valor Añadido de la suma total (127.690.400 ptas.), comisión de la que se abonaría el 50% a Jorge O. y su socio, por mitad, no habiéndose podido esclarecer en este procedimiento el destino, a favor de persona física o jurídica, del otro 50% de la comisión convenida, ni si el mismo llego a ser abonado.

A cuenta de la citada comisión, ha resultado acreditado que la entidad Ocisa, por órdenes de D. Jesús R. B. abonó al Sr. Ll. Rey, la cantidad de 25.3 15.000 ptas., mediante el libramiento de 55 cheques por importes variables inferiores a 500.000 ptas., que reintegró los días 11, 12 y 16 de junio, de la cuenta corriente no. ..., que la empresa tenía abierta en la Sucursal del Banco Urquijo, del Paseo de la Castellana-46 en Madrid.

Dicho pago, no controvertido, se pretende justificar por la defensa de los Sres. R. y N., como correspondiente a un contrato privado de fecha 1 de junio de 1992, de opción de compra concedida a Ocisa por D Pedro Llach, sobre un local de su propiedad de 340 m, situado en la planta baja del Edificio conocido como Palacio de Monsalud, sito en la calle San Vicente no 22, esquina a la de Jiménez de Cisneros de Sevilla, cuyo precio se fijó en la citada cantidad, que habría de devolverse si en el plazo de 6 meses desde la fecha del contrato Ocisa modificaba su voluntad de no ejercitar la opción concedida o descontarse del precio de compra que se había fijado en 150.000.000, en el caso de ejercitarse la opción.

Asimismo, consta como el día 14 de julio de 1992 Ocisa, por órdenes del Sr. R., abonó al citado D. Pedro Ll., otros 28.000.000 de ptas. de los que éste entregó a D. Jorge 24 millones, quien el día siguiente a las 3.30 horas, fue detenido al regresar a Sevilla con 22 millones al haber dispuesto de los 2 millones restantes para la adquisición de un vehículo todo-terreno.

Dicho abono, pretende justificarlo la defensa como remuneración a una alegada vinculación laboral-mercantil del Sr. Ll. como colaborador directo del Sr. R., siendo su cometido básicamente la puntual información de la situación del mercado inmobiliario en la zona de Andalucía, localización de suelo urbanizable y relaciones con promotores /inversores, singularmente en orden a colaboración, gestión inmediata para obtener la invitación a concursos, ya fuesen de iniciativa pública o privada, seguimiento de las iniciativas impulsadas por organismos oficiales, información sobre actividades de empresas de la competencia, presencia y ofertas de las mismas a obras de cualquier naturaleza, seguimiento del nivel de implantación de Ocisa en la zona respecto de otras constructoras, y, en definitiva, información sectorial de carácter general. Consta de las actuaciones, además, que de la citada cuenta del Banco Urquijo, se libraron hasta 277 talones (por importe inferior a 500.000 ptas. todos ellos) por una suma ascendente de 127801.530 ptas., desde las fechas 8/5/92 a 3 1/7/92, que la entidad Ocisa refleja en los extractos de su contabilidad en las que llama Caja-2 (inversiones) y Caja-3 (pagos especiales por autorización de su Presidente Sr. R. B.), siendo de destacar que esta última aperturada el 1/1/92 con un saldo de 103.328 ptas., inicia un movimiento millonario con los ingresos antes referidos el día 8/5/92, y la primera se nutre igualmente desde el 9/1/92 con importantes sumas, hasta alcanzar la cantidad de 94.317.407 ptas., sin otros movimientos hasta que el día 19/8/92 se inicia su ingreso en diferentes entidades bancarias. De cuanto antecede resulta que D. Jesús R. B. ordenó directamente que, con cargo a Ocisa, se abonará al Sr. Ll., para que 19 - ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA I éste, a su vez, lo trasladase en todo o en parte a las personas o entidades con incidencia directa en la adjudicación de la obra a la que se ha hecho mención en el ordinal 1, la cantidad de 53.3 15.000 ptas., en la convicción de que tal adjudicación de la obra estaba condicionada a dicho pago y no se obtendría sin él, al margen de las ofertas que pudieran hacer otras empresas, incluso si éstas fueran mas ventajosas para la Administración, y que tal pago sería, por tanto, determinante para la adjudicación definitiva.

El pago se llevo efectivamente a cabo y para darle una cobertura formal en la contabilidad de Ocisa, D Luis N. M., también acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, conocedor de la realidad a la que respondía y con

la finalidad de ocultarla, se puso de acuerdo con el asesor del Sr. LI., no acusado en esta causa, pese al conocimiento de los hechos, para confeccionar facturas y recibos que aparentasen los negocios jurídicos a los que se ha hecho referencia (opción de compra y contrato laboral), lo que efectivamente se llevó a cabo de modo que, conforme a sus instrucciones, LI. proporcionó los documentos que le solicitaban para justificar el pago, en la forma antes relatada, que, además, parte de ellos, se incorporaron a este proceso por iniciativa de los propios acusados. No se ha acreditado la existencia de la relación laboral-mercantil del Sr. LI. R. con Ocisa, ni la realidad del contrato de opción de compra invocado, que justificase el cobro de la cantidad referida, ni el destino de la cantidad resultante de restar a los 127.801.530 ptas., los 53.3 15.000 ptas. abonados.

TERCERO Tras la detención de D Jorge O. M., y para justificar el pago de los 28 millones de pesetas que se le ocuparon, D Jesús R. Y Luis N. M., en concierto con el Sr. LI., presentaron al prestar sus declaraciones las facturas 3 y 4 (folios 1063 y 1061), con sus correspondientes recibís (folios 1064 y 1062), de fechas 10 de julio de 1992 las primeras y 14 de julio los segundos, en las cuales se reflejaban las cantidades de 14.820.180 ptas. (folios 1063) y de 13.179.820 ptas. (folios 1061) en concepto de remuneración al tal citado Sr. LI., por asesoramiento en la presentación y seguimiento en la oferta de obras correspondiente al período a 30/6/92 y gratificación complementaria, respectivamente.

Igualmente se ha aportado un documento privado de fecha 1/6/92, en el que se pretende fundamentar el contrato de opción de compra referido.

La firma correspondiente al Sr. LI. que aparece en el documento al folio 1063 (factura no 3) no ha sido estampada por éste, sin que se haya acreditado la persona que materialmente la imitó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO En el acto del juicio, a través de sus respectivos informes, las defensas vuelven a reiterar las cuestiones suscitadas con anterioridad y que fueron resueltas en el trámite del art. 793.2, de la LECrim (LEG 1882\16) .

En cuanto esas alegaciones impugnatorias del auto de este Tribunal de 11 de noviembre de 1999 se han formulado de forma genérica, sin precisar respecto de aquellas cuestiones previas, en la mayoría de los casos, nuevas razones que desvirtúen los razonamientos de aquel, la confirmación de éstos ha de conducir a su rechazo con las matizaciones que a continuación se formularan para contestar las precisas razones que, con relación a algunas, las partes han aducido en aquellos informes en el acto del plenario.

La defensa del Sr. L. M., con cita del art. 24 CE (RCL 1978\2836) , vuelve a denunciar la arbitrariedad de la Juez Instructora en la imputación a su patrocinado, y en la dilación con que se llevó a cabo, impidiendo, con ello, que por su condición de aforado en los primeros trámites del procedimiento los hechos se hubieran enjuiciado por la Sala de lo Civil y Penal del TSJA. Tal cuestión, fue cumplidamente contestada en el fundamento de derecho 3º del auto de 11 de noviembre, donde se decía que esa tardía imputación nunca obedeció a criterios de arbitrariedad y si a la necesidad de obtener previamente diligencias de investigación contrastadas de la participación del acusado en los hechos, recordando el criterio jurisprudencial (AATS-29/1/98 [RJ 1998\2531] , 23/4/98 [RJ 1998\3397] , 21/4/98 [RJ 1998\4701] y 24/4/98 [RJ 1998\4711]) que parece exigir una importante acreditación de los hechos, y que se apure, en cierta medida, la fase de investigación, sin que la mera imputación personal (incluso) del aforado sea bastante para remitir las actuaciones al Órgano Judicial competente, imputación que, en todo caso, ponderando las consecuencias gravosas de la misma, ha de efectuarse valorando la verosimilitud de los hechos y una vez se constata la existencia de elementos objetivos incriminatorios, sin que la sola mención de una persona en el procedimiento autorice a su imputación, y es que como sostuvo dicha defensa, no eran «serias» las referencias al Sr., L. M., derivadas del controvertido anónimo (cuyo nulo valor probatorio más adelante se verá) y de las escuchas telefónicas.

Así, la imputación que se hace al Sr. L. M. (19/12/94- folio 9971), tuvo que ser posterior a las declaraciones prestadas por quienes integraron la Comisión Técnica los Sres Tavira (23/11/93-folio 9038) Alvarez Jimenez (24/11/93- folio 9079) y Garrido Torres (24/11/93- folio 9085) y diligencias de ellas derivadas, a través de las cuales se detectaron indicios racionales de irregularidades en la tramitación del expediente de adjudicación de las obras de desdoblamiento de la CN-321, desde el puerto de las Pedrizas a Salinas, en los términos que se analizaran más adelante al examinar las distintas infracciones delictivas por las que se acusa al Sr. L. M.

No hay que olvidar, por lo demás, que la dilación en el trámite venía justificada con la intención de investigar y averiguar el destino de la cantidad resultante de restar a los 127.801.530 ptas., los 53.315.000 ptas., lo que no se pudo acreditar a pesar de las abundantes diligencias tendentes a tal fin.

La defensa de D. Jorge O. M., específicamente impugnó el valor probatorio de las cintas oídas en el acto del juicio, al carecer éstas, a su juicio, de las necesarias garantías para su identificación y aparecer en sus correspondientes carátulas diferentes numeraciones.

Dichas anomalías, con duplicidad en su numeración, quizás por corresponder a los distintos criterios de clasificación de la Policía y el Juzgado, no afecta a la autenticidad de las cintas ni a su contenido que, incluso han reconocido algunos acusados y testigos (Jorge O., Pedro LI., G., D.,...), al especificarse en las carátulas el teléfono a que se refieren y las fechas correspondientes que en muchos pasajes se ve avalada por manifestaciones de los interlocutores a fechas concretas (festividades de San Valentín, San Isidro, feria de Arcos, Semana Santa, feria de Sevilla...).

Siendo así, hay que reiterar la validez de las cuestionadas cintas como medio de prueba, en los términos que se acorde en el auto de 11 de noviembre.

Asiste la razón a la defensa de D Manuel O. M. cuando afirma la carencia de efectos probatorios del anónimo que encabeza las actuaciones.

Dicho alegato lo comparte este Tribunal, que ya en el tan repetido auto de 11 de noviembre limito la eficacia del anónimo (razonamiento jurídico 1ª) a ser medio idóneo para la iniciación de las diligencias previas una vez, de acuerdo a criterios de « proporcionalidad», se valoro por el órgano judicial la gravedad y trascendencia de lo comunicado y verosimilitud y credibilidad de su contenido.

Por todo ello, su contenido, en modo alguno, comportara valor probatorio en el enjuiciamiento de las diferentes conductas de 10s distintos acusados.

La mencionada defensa cuestiona, también, la validez de las transcripciones de las cintas que se llevó a cabo en la fase de instrucción, al no verificarse la audición y selección de los pasajes por la Juez Instructora y Secretaria, y por conculcarse el principio de contradicción, que exige la intervención de las partes en tal cometido.

Como ya se anticipó en el auto de 11 de noviembre (ARP 1999\3535) (por todas STS 13/1/99 [RJ 1999\392] y STC 121/1998 de 15 de junio [RTC 1998\121]) el problema incide en el requisito del control judicial dentro de las intervenciones telefónicas, y con él se hace referencia a la forma de incorporarse las grabaciones y transcripciones en la causa, entendiéndose que, por analogía a lo dispuesto para la correspondencia en el art. 586 de la LECrim (LEG 1882\16) , la selección de las grabaciones útiles compete al Juez Instructor, por lo que la Policía le debe remitir todas las practicadas, incumbiendo al Juez el cotejo de grabaciones con las transcripciones verificadas por la Policía. En todo caso, la vulneración de tal requisito del control judicial no supone lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, y afectan al ámbito de la legalidad ordinaria, en cuanto que las irregularidades no se producen en la ejecución del acto limitativo de los derechos fundamentales, sino al incorporar a las actuaciones sumariales su resultado, lo que, como consecuencia, puede dar lugar a que las conversaciones grabadas y transcritas podrían no ser tenidas en cuenta como pruebas válidas, pero, en cambio, no supone la nulidad refleja del art. 11.1 de la LOPJ (RCL 1985\1578, 2635) , respecto a pruebas distintas, y basadas en las escuchas.

Al respecto, hay que recordar que las cintas originales se remitieron al Juzgado, con las transcripciones policiales, y que aquellas fueron oídas, a presencia del Ministerio fiscal, por la Juez y la Secretaria, al dar fe ésta a través de las correspondientes diligencias con los efectos previstos en el art. 281, LOPJ, sin que esa audición conjunta y selección por la Juez y Secretaria pueda ser discutida por quienes precisamente no estuvieron presentes, lo que ADMINISTRACION motiva su otro motivo impugnatorio.

Sin embargo, asiste la razón a la defensa cuando impugna las transcripciones por falta de la necesaria contradicción en su desarrollo.

En efecto, como dice la STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999\49) , cuando lo que accede al juicio oral como medio de prueba es la transcripción mecanográfica de las comunicaciones intervenidas, para gozar de fiabilidad, ha de haber sido practicada, contrastada o autenticada con intervención judicial, requisito subjetivo exigible cuando la documentación de una diligencia sumarial pretende utilizarse como prueba en el juicio oral (SSTC 303/93 [RTC 1993\303] , 200/96 [RTC 1996\200] y 228/97 [RTC 1997\228]), y con contradicción suficiente, como dice la sentencia del TC, antes citada, de 121/98, de 15 de junio (RTC 1998\121) , para que pueda tenerse como prueba válida a los efectos de enervar el principio constitucional de la presunción de inocencia.

Es evidente que en el trámite de instrucción, en este caso, la no presencia, o al menos la citación de las partes para la audición, selección y transcripción, priva a las mismas transcripciones de valor probatorio, por falta del requisito de contradicción.

Sin embargo, no hay que olvidar que las escuchas telefónicas, pueden venir al acto del juicio, por el cauce de prueba documental (STS -15/6/99 [RJ 1999\3888]), bien por sus transcripciones, sin su audición en el juicio, cuando las partes apoyen sus interrogatorios en el contenido de las cintas (STS 20/2/99 [RJ 1999\512]), o incluso, sin más, conforme al art. 726 de la LECrim (sentencia de esta Sala de 2/11/99-Rollo 2824/99), o bien, por su directa audición en el plenario, en cuyo caso como ha sucedido en este procedimiento, como dice la STS -20/2/99, al estar las cintas originales a disposición del Tribunal en el momento del juicio se oyeron en aquellos pasajes que las partes solicitaron, lo que demuestra que en esta fase del proceso el ejercicio del derecho de contradicción estuvo abierto con la posibilidad a todas las partes de solicitar la audición de los pasos que creyeran conveniente, e incluso la totalidad de las grabaciones, y de impugnar las autenticidad de las voces.

Por todo ello, aun negando el valor probatorio a las transcripciones llevadas a cabo en la fase de instrucción, su audición en el plenario comporta prueba válida que puede ser valorada por el Tribunal, por lo que ratificándose con la audición por éste algunas de ellas, a los solos efectos de facilitar la identificación de algunos pasos en esta sentencia, serán citados los folios correspondientes.

En cuanto a la nulidad de las prorrogas acordadas respecto de las intervenciones telefónicas que la defensa del Sr. Manuel O. postula en base a la nulidad declarada de las cintas convencionales (copias) que las servían de sustento, hay que recordar lo que se decía en el último párrafo, del razonamiento jurídico 13, del tan repetido de 11 de noviembre (ARP 1999\3535) , cuando se afirmaba que la exigencia del control judicial no precisa la remisión íntegra de las grabaciones originales dentro de los plazos de la intervención, máxime cuando en el auto

correspondiente no se contenía tal obligación, sino solo que en el desarrollo de la medida la Autoridad Judicial controlase aquella actividad como en este caso sucedió, con las recepciones iniciales de su resultado, aunque extemporáneamente llegaran las cintas originales (en igual sentido, la sentencia citada de esta misma Sala de 2/11/99).

Dicho criterio se deduce, igualmente de la STS de 13/1/99 (RJ 1999\392) , en la que no se apreció vulneración de las reglas fijadas por la jurisprudencia en esta materia, cuando en un principio la Policía solo remitió al Juzgado las transcripciones con los pasajes seleccionados por ella misma que estimó más relevantes, remitiéndose después los originales que con la fe pública judicial se cotejaban.

Pero es que, además, si la primera intervención exige solo la existencia de «indicios» o «sospechas objetivadas o racionales» por no ser la medida posterior al descubrimiento del delito y si anterior, tendente a tal fin, y con tal exigencia se acordó, es claro que los resultados que se iban produciendo, puntualmente facilitados por la Policía al Juzgado, justificaban, con mayores motivos y razones, las sucesivas prórrogas.

Por último, la defensa de los Sres. R. B. Y N. M., aparte de las denuncias por falta de control judicial en las intervenciones telefónicas, a las que se ha dado respuesta en los razonamientos anteriores, con cita del art. 24 de la CE (RCL 1978\2836) , invoca violación del derecho a la tutela judicial efectiva, proceso con todas las garantías y derecho de defensa, por entender que a sus patrocinados en el auto por el que se acomoda el procedimiento al trámite previsto en el art. 790.1, de la LECrim (LEG 1882\16) , no se les imputan delitos que después son objeto de acusación (así al Sr. R. los delitos de uso de documento falso y tráfico de influencia y al Sr. N., los delitos de cohecho, tráfico de influencia y uso de documento falso).

Como se dijo en el auto de 11 de noviembre (ARP 1999\3535) (razonamiento jurídico 3º) el derecho a ser informado de la acusación (y por ende, de la previa imputación) es un derecho de «concreción progresiva» en la tramitación del proceso penal, sin que una posible imputación inicial devenga inalterable si el curso de las diligencias evidencia nuevos hechos y matices que obliguen a su modificación,

Además, aquel derecho está en íntima conexión con el principio acusatorio, del que se deriva la necesidad de que el acusado tenga puntual conocimiento acerca de los hechos que se le imputan y de los cargos que contra él se formulan (STS -4/3/99 [RJ 1999\1948] , con cita de las SSTC 17/88 [RTC 1988\17] , 14/86 [RTC 1986\14] y 30/90 [RTC 1990\30]), cumpliéndose tal requisito siempre que haya conocimiento de los hechos imputados para poder defenderse de los mismos (por todas, STC 170/90, de 5 de noviembre [RTC 1990\170]), aún cuando las infracciones puedan ser distintas l si son de naturaleza homogénea (STC 134186 [RTC 1986\134] y STS 15/1/99 [RJ 1999\941]).

Por lo que se refiere al Sr. R., al folio 9844, consta la imputación que se le hace por un presunto delito de falsificación de documento mercantil, otro de falsificación de libros contables y pago de comisión ilegal, imputación esta última que puede calificarse en teoría como delito de cohecho o tráfico de influencia.

AL Sr. N. al folio 9848, se le imputa falsificación de libros contables.

Basta leer las declaraciones de uno y otro a los folios 1054, 1071, 8793 y 9844, y, 1167, 1172, 8804, y 9848, para comprobar los hechos que se investigaban y su presunta participación en la dinámica de los mismos, y lo / que suponía conocimiento puntual de ellos, por lo que ninguna indefensión se les causó.

Por lo demás, el auto de 21/3/97 (folio 10954) detalla esos hechos de forma necesaria para que pudieran ser conocidos por los imputados, de tal suerte que tras la calificación de las acusaciones se dicta el auto de apertura del juicio oral de 30/7/97 (folio 11 192) donde se concretan las diferentes infracciones por las que se acusa a todos los implicados.

A mayor abundamiento, hay que tener presente que si el art. 793.7 de la LECrim, permite al formular sus conclusiones definitivas alterar, por una más grave, la calificación provisional de su escrito la acusación, en el acto del juicio, no se puede sostener que en el trámite del citado art. 790.1, queden de manera inalterable calificados jurídicamente los hechos, cuyo contenido, como antes se dijo, comporta según el principio acusatorio, la no posible modificación sustancial de los mismos.

En tal sentido, la STS 16/12/98 (RJ 1998\10402) , proclama que la referida garantía procesal (el principio acusatorio), tiende al mantenimiento intacto de las posibilidades de la defensa en el curso de una causa criminal que termina en acusación por unos concretos hechos que llevan aparejada una determinada calificación delictiva.

Añade la referida sentencia, que aparte de una moderna corriente que asume una política unitaria que trata de homologar todas las conductas que suponen la expresión de un comportamiento corrupto que pone en peligro la credibilidad del Estado, en realidad el núcleo de la acusación está constituido por la realidad fáctica que es objeto de incriminación y que constituye el eje material sobre el que se establece el debate contradictorio, o lo que es igual, dicho de otra manera, en la salvaguarda del principio acusatorio lo importante son los hechos, y no los conceptos jurídicos que se manejan para calificarlos (en tal sentido pueden citarse la STS 28/10/97 [RJ 1997\7843] , y las SSTC 29/10/86 [RTC 1986\134] y 19/2/87 [RTC 1987\20]).

SEGUNDO Al Sr. L. M. se le imputa por el Ministerio fiscal un delito de prevaricación (art. 3 58 del CP/1973 [RCL 1973\2255] y 404 del Código Penal de 1995 [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777]) y por la representación jurídica del Partido Popular, además un delito de cohecho (art. 386 CP de 1973 y 420 del Código Penal vigente).

Con relación al delito de prevaricación, una reiterada jurisprudencia (STS 10/7/98 [RJ 1998\6234] , con cita de la de 12/6/98 (RJ 1998\5314)) ha venido sentando cuales son los requisitos que han de concurrir para su comisión, así:

a) Que una autoridad o funcionario público (art. 119-CP 73 y 24 del vigente) dicte en asunto administrativo, una resolución que conlleve una declaración de voluntad afectante al ámbito de los administrados, es decir, cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido «decisorio».

b) Que aquella resolución sea «injusta» (el texto vigente del art. 404, habla de «arbitraria») o lo que es igual, que no se adecue a la legalidad, tanto si se trata de actividad reglada como discrecional (STC 27/81 [RTC 1981\27])

c) Que la resolución se dicte «a sabiendas» de su injusticia, esto es, con clara conciencia de la arbitrariedad o ilegalidad de la resolución; elemento culpabilístico que como dice el TS, no es suficiente se deduzca de consideraciones más o menos fundadas, sino que ha de evidenciarse como elemento subjetivo del tipo más allá de toda duda razonable (SSTS 14/2/94 [RJ 1994\731] , 10/7/95 [RJ 1995\5400] y 28/12/98 [RJ 1998\10405]).

En cuanto al primer requisito citado, como dice la STS 23/1/98 (RJ 1998\50) , si bien toda resolución es un acto administrativo, no todo acto administrativo puede dar lugar a una resolución a efectos penales, añadiendo que a los efectos del delito de prevaricación solo serán resolución los actos administrativos consistentes en declaraciones de voluntad realizadas por la Administración que sean de carácter «decisorio» (por eso no integran este delito, los informes o dictámenes, consultas, actos de trámite..), bien actos constitutivos o declarativos, que afecten a los derechos de los administrados y a la colectividad en general (STS 21/2/94 [RJ 1994\1552]).

Lo dicho dificulta que pueda ser considerada a los efectos del delito que examinamos, la «selección provisional» que el citado Consejero efectúa el día 3/6/92, como resolución administrativa, por cuanto como informa el día 29/9/92, la Secretaría General Técnica a través de sus Servicios Jurídicos la resolución del día 3, tenía carácter instrumental, y por tanto, provisional, en tanto se otorgara el contrato, en razón a la modalidad del sistema de adjudicación elegido, «concurso con trámite de admisión previa».

En cuanto al segundo requisito, atinente a la «injusticia» de la resolución, no basta que una resolución sea contraria a Derecho para que constituya un delito de prevaricación, porque no se debe olvidar (en tal sentido STS 4112198 [RJ 1998\9225]) que el control de legalidad de los actos de la (Administración corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y no sería compatible con una correcta articulación entre los poderes del Estado Constitucional una sistemática criminalización de los actos de la Administración que estuviesen en contradicción con la Ley o implicasen desviación de poder, como acontecerla si todo acto administrativo ilegal se considerase injusto.

Por ello, la jurisprudencia (SSTS 12/6/98 [RJ 1998\5314] , 4/12/98 [RJ 1998\9225] , 6/4/98 [RJ 1998\4016] , 20/4/95 [RJ 1995\3898] , 10/7/98 [RJ 1998\6234] , 5/11/98 [RJ 1998\9393] , 12/1/99..) habla de que no basta cualquier ilegalidad, sino que tiene que tratarse de una contradicción con el Ordenamiento Jurídico tan patente, clamorosa, descabellada y grosera (esperpéntica se dice en algunos fallos) que puede ser apreciada por cualquiera, no siendo suficiente una ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en Derecho (SSTS 14/3/96 [RJ 1996\2459] , 3/3/97 [RJ 1997\1822] , 23/4/97 [RJ 1997\3262]) pudiendo derivarse tanto de la absoluta falta de competencia del acusado, como de la inobservancia de las más elementales normas del procedimiento, o del propio contenido sustancial de la resolución, de tal modo que ésta implique un forzamiento del Derecho (SSTS 14/11/95 [RJ 1995\8308] , 20/4/95 [RJ 1995\3898] y 9/12/98 [RJ 1998\10329]).

Como dice la mas reciente sentencia del TS de 18/5/99 (RJ 1999\3823) la actuación injusta y arbitraria se dará cuando el funcionario dicte una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del Ordenamiento Jurídico (a los que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos, según el art. 9-1 CE (RCL 1978\2836)) sino, pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida h-razonablemente en aparente fuente de normatividad.

Si analizamos los hechos que se han declarado probados en esta sentencia, y las exigencias jurisprudenciales para que se aprecie «una resolución injusta» en la persona del Consejero de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, Sr. L. M., se ha de concluir que éste en modo alguno dictó una resolución de tal carácter, en primer lugar, porque la «selección provisional» de Ocisa, con fecha 3/6/92, se verificó tras la intervención de la Mesa de Contratación y Comisión Técnica, que seleccionaron y puntuaron las ofertas presentadas, entre las que se encontraba aquella, sin que la sugerencia que pudo hacer al Director General de Carreteras D Manuel O. M., el día 5/5/92, de que prefería a dicha empresa por las razones recogidas en el factum de ésta sentencia, y de que se valorasen las variantes financieras, que todas pudieron presentar, como más beneficiosas para la Administración Pública, comporte otra cosa, que quizás, una mera irregularidad procedimental al no habersele presentado la terna, que se asume por la Mesa el día 2/6/92, con lo que, pudo interceder o inmiscuirse en la tramitación del expediente antes del momento oportuno para resolver según sus competencias.

Por otra parte, el informe de la Oficina de Supervisión de Proyectos del Departamento (art. 116, párrafo último, del Reglamento [RCL 1975\3597]), que se ha omitido en el expediente, parece referirse a las proposiciones que supongan modificación en la ejecución de las obras y no alteraciones en las condiciones económicas y financieras.

Dichas anomalías procedimentales, sin embargo, no suponen que en dicho expediente se haya prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, máxime cuando la legislación aplicable (art. 36 de la

LCE de 28/12/63 (RCL 1963\2481) y 116 del Reglamento de 251111175) prevé la posibilidad y facultad alternativa de adjudicar el contrato a la proposición «mas ventajosa» sin atender necesariamente al valor económico de la misma.

Además, no se debe olvidar, que sumadas las puntuaciones técnica, económica y financiera, que llevó a cabo la Comisión Técnica, y que previamente habían sido aprobadas por la Mesa de Contratación, Ocisa, precisamente ocupaba el primer lugar con 14 puntos, lo que demuestra que era la oferta mas conveniente, sin que el posible desdoblamiento en el pago de la cantidad correspondiente a la última anualidad, desplazado a la siguiente (bien se considere aplazamiento, o adelanto de obra como sostienen las defensas), conlleve ese «plus» de antijuridicidad que jurisprudencialmente se exige para reputar injusta la resolución, aun cuando pudiera comportar infracción del art. 12 de la LCE.

Por lo demás, no se aprecia en el Sr. L. M., el requisito subjetivo o intención deliberada de quien asume con plena conciencia la ilegalidad de un acto, que exige la expresión gramatical «a sabiendas» del tipo, pues aparte de haber hecho uso de las facultades discrecionales que le correspondían, obró en la adjudicación movido por los intereses de la Administración que debía tutelar, lo que, en todo caso, eliminaría el exigido requisito culpabilístico.

A este respecto, y recordando como, por regla general, será la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la encargada de ejercer el control sobre los actos de la Administración Pública, como lo pone de relieve el principio de intervención mínima del que la jurisprudencia hace una especial. aplicación en el delito de prevaricación (por todas STS 4/12/98 [RJ 1998\9225]), criminalizándose los comportamientos en los casos de resoluciones abiertamente contrarias al derecho, en los términos que antes se expuso, dictadas por la sola voluntad o capricho del agente, conviene traer a colación algunas sentencias de la Sala 3ª del TS, donde con relación a los concursos se afirma que la Administración no queda vinculada exclusivamente al valor económico de la oferta..., que el órgano competente..., según su apreciación del interés público.. (STS -23/6/99 [RJ 1999\5508]), que la posibilidad de adjudicación del concurso está en función de los módulos de racionalidad con que se ejerza tal prerrogativa..., de conveniencia para el interés público...valoración de las circunstancias concurrentes... se ha realizado en uso de facultades discrecionales por parte de la Administración.. (STS 22/6/99 [RJ 1999\6878])... la Administración, sin obviarlos, atiende también a parámetros cualitativos para decidir sobre la experiencia empresarial y la capacidad ejecutiva e idoneidad... criterios a tomar en cuenta para la adjudicación del concurso, han sido valorados en relación con las características propias de la obra a construir... en suma, las razones expuestas por la Administración para acordar la adjudicación que se combate y las que a favor de su criterio aporta la sentencia de instancia, son suficientes para justificar que se ha cumplido el art. 36 de la LCE, cuando ordena adjudicar el contrato a la proposición que se estime «mas ventajosa», habiéndose, en el supuesto de autos, valorado razonablemente los diversos méritos alegados en las ofertas de los concursantes..(STS 21/5/99 [RJ 1999\5591]).

En la misma línea, se pueden citar las SSTS Sala 3ª, de 11/5/99 (RJ 1999\5029) y 3/10/91 (RJ 1991\7622) , así como la STS J de Canarias, de 30111198.

Obviamente si en vía administrativa, incluso, para casos análogos al ahora enjuiciado como hemos visto, se estima cumplida la normativa que se contiene en la LCE y su Reglamento en dicho orden jurisdiccional, con mayor razón, en el orden penal no se puede atribuir a la conducta del Sr. L. M., el carácter de prevaricadora.

Si cuanto antecede justifica el pronunciamiento absolutorio por el delito de prevaricación (art. 358 CP-1973), mayores razones han de conducir a la absolución por el delito de cohecho (art. 386 CP/1973).

No sólo es que no exista la más mínima prueba de la comisión de dicho tipo, sino que, incluso, de la propia dinámica de los hechos se deduce lo contrario.

En efecto, si el Sr. L. M., como se dice por la representación jurídica del Partido Popular, estaba concertado con su Director General, el Sr. LI. y los responsables de Ocisa para el cobro de alguna comisión ilegal, no es fácil comprender la sorpresa que el Sr. LI. y D. Jorge O. demuestran por el cambio de FOCSA a Ocisa, a primeros de mayo de 1992, por cuanto es lógico colegir que de todas las vicisitudes del expediente les tendría informado el Sr. L. M., de estar involucrado en dicha trama, lo que no se ha demostrado, por lo que en este caso la absolución se ha de basar en el principio constitucional de la presunción de inocencia (art. 24 CE [RCL 1978\2836]), al no disponerse ni de la más mínima actividad probatoria que lo desvirtúe.

Las negociaciones llevadas inicialmente con FOCSA para conseguir las comisiones para la adjudicación de la obra, se deducen del contenido de las siguientes grabaciones telefónicas efectuadas por la Policía:

a) Cinta numero 4, grabada del 3 al 9 de marzo al teléfono ... (LI.), pasos 41 al 51, folios 2828 a 2831 donde Gustavo Duran Y LI. hablan del interés de Willy (D. Guillermo Visado Navarro, de la empresa FOCSA) por la obra de las Pedrizas y de que iba a venir a Sevilla a bajar el tipo de interés.

b) De la misma cinta, pasos 100 a 108, folios 2844 a 2848, donde LI. se lo dice a Jorge, para que se lo diga a su hermano Manolo.

c) De la misma cinta, pasos 609 a 640, folios 2878 a 2888, donde Jorge informa a LI. que la cosa va bien con Willy.

d) Cinta número 5, grabada del 17 al 22 de marzo, al mismo teléfono, pasos 307 a 342, folios 3592 a 3605, donde LI. y Jorge siguen hablando del tema y todos piensan que es para Willy.

e) Pasos 496 a 507, de la misma cinta, folios 3613 a 3619, donde Jorge informa a LI. que Manolo le ha dicho que lo de Las Pedrizas se resolvería la semana próxima y que los de Willy lo habían hecho bien.

f) Cinta número 7, grabada del día 23 al 30 de marzo, al mismo teléfono, pasos 996 a 1029, folios 3725 a 3732, donde Duran le dice a LI. que Willy sabe que es casi seguro, pero no definitivo.

g) Cinta numero 8, grabada del 30 de marzo al 3 de abril, al mismo teléfono, pasos 261 a 277, folios 3793 a 3802, donde Durán le dice a LI. que Calvo (Ingeniero de FOCSA) le comentó que saben que es suya, pero les están entreteniéndolo y que iba a ir a Sevilla.

h) De la misma cinta, los pasos 487 a 511, folios 3806 a 3815, donde LI. comenta a su mujer que Jorge ha visto frío a Manolo porque alguien de Willy le hizo una faena y que se puede retrasar el tema.

i) Las sorprendentes conversaciones cursadas entre Durán y LI., de las cintas números 12 y 13, de 5 a 8 de mayo y de 8 al 11 de mayo, donde planean cobrar un 2% a FOCSA, aunque no sea la adjudicataria definitiva, y así la tendrían en cuenta para futuras negociaciones.

TERCERO A D. Manuel O. M., le acusa el Ministerio Fiscal de un delito de revelación de secretos del art. 368 o alternativamente del art. 367, la representación jurídica de la Junta de Andalucía del mismo delito del art. 367 y la Acusación Particular, en nombre del Partido Popular, además, de un delito de tráfico de influencias del antiguo art. 404 bis a) y otro de cohecho del art. 386, todos del Código Penal de 1973 (RCL 1973\2255) (artículos 442, 428 y 420 del Código Penal [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777] vigente).

En cuanto al delito de revelación de secretos, que presenta y presentaba una patente dispersión tipológica (art. 122 bis, 192, 192 bis, 360, 367, 368, 498 y 499 del Código Penal), implica, como dice la STS 21/5/93 (RJ 1993\4244) , el secreto en el conocimiento de ciertos datos sobre un concreto objeto por un numero reducido de personas y que, por diversas razones, no es conveniente que se amplíe dicho círculo, que referido a la Administración tiene como bien jurídico protegido el correcto funcionamiento de la función Pública, que se dañaría cuando se desarrolla un ejercicio inadecuado de la misma

Así, una cosa es la transparencia de la función pública, en la que todos estamos de acuerdo, y otra, evitar que «selectivamente» se filtre a ciertas personas lo que no debe ser conocido de nadie o ha de serlo de todos (art. 35 y concordantes de la LRJ-PAC de 26/11/92 (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246)), por cuanto, en otro caso, como declara la STS de 18/1/94, al conocer antes que nadie las decisiones que no están formalmente exteriorizadas, el sujeto dispone de una situación de auténtico privilegio, que en el caso que enjuiciamos, por los Sres. LI. Y D. Jorge O., les permitió «presionar» para el cobro de una comisión ilegal a la entidad Ocisa, quien pese a cualquier otra circunstancia, sería la definitiva adjudicataria de las obras. Dicha información no cabe duda que fue facilitada por D. Manuel O. a su hermano Jorge, quien de forma inmediata la trasladó al Sr. LI., que, sin pérdida de tiempo, utilizó, poniéndose en contacto con D. Jesús R., Presidente del Consejo de Administración de Ocisa. Este Tribunal llega a dicha convicción, partiendo de la conversación entre los Sres. LI. Y R., del 5 a 8 de mayo de 1992 (cintas no 12; pasos 1 al 6) que por su propio contenido revela que el segundo no tema aún, conocimiento de las preferencias del Consejero, pues es evidente que, en caso contrario, no habría desembolsado la cantidad millonaria que entregó. Hubo, pues, filtración por D. Manuel, de la decisión de D. Juan L. M., y la misma fue usada indebidamente para ultimar el fin espurio de Jorge O. Y Luis LI.. De dicha cinta nº 12, grabada los días 5 a 8 de mayo de 1992, en el teléfono ..., se obtiene ese convencimiento si se tiene en cuenta el contenido de los siguientes pasos: a) 1 al 6, folios 4807 a 4809, donde LI. le dice a R. que se va a producir una modificación con quien tenían pensado (¿FOCSA?), que se iba a decidir ayer por la tarde (si el día 5 se entrevistó Manuel O. con el Consejero, testa conversación es del día 6?), y que un candidato podría ser Ocisa si acepta negociar; a lo que R. contesta que él ha trabajado en tal sentido haciéndole la competencia, y que le dará la respuesta antes de la 7 de la tarde. b) 278 a 352, folios 4850 a 4882, donde Jorge informa a LI. que Manolo ha llamado a Navascués, ofreciéndole el 33% en el 93, 94 y 95, y que se va a adjudicar el jueves o el viernes (¿6 y 7 de mayo?). c) 698 a 721, folios 4951 y 4959, donde Jorge informa a LI. que Manolo le ha dicho que es seguro para esta gente, si aceptan los jefes. d) 722 a 726 folios 4960 a 4961, donde LI. le dice a R. que acepte con urgencia Pedrizas. e) 727 a 735, folios 4961 a 4967, donde LI. le dice a Jorge que R. va a aceptar. f) 539 a 548 folios 5469 a 5473, donde LI. le informa a R. de la propuesta hecha a Navascués. Otra cinta que avala la precedente afirmación, es la número 30, grabada en el teléfono de la empresa URBE, los días 5 al 8 de mayo, cuyos pasos mas ilustrativos son los siguientes: a) 277 a 301, folios 6305 a 6318, donde LI. se jacta de que esta operación es perfecta, al decir a Jorge, que se prestigian con unos y cobran de otro. A su vez Jorge le informa que mañana Manolo va a hablar con Navascués. b) 724 a 744, folios 6332 a 6334, donde Manolo le dice a Jorge que esta mañana habló con Navascués. Jorge, por su parte, le dice que «Jesúsín» (R.), está de acuerdo. c) 745 a 767, folios 6335 a 6344, donde Jorge le dice a LI. que Manolo habló con gente de Ocisa y pende confirmen jefes Madrid, d) 768 a 786, folios 6345 a 6351, donde LI. le dice a Jorge, que ha hablado con R., y confirmara lo dicho por Navascués. Asimismo, de la cinta, número 31, grabada en el anterior teléfono, de los días 8 al 12 de mayo, se destacan los siguientes pasos: a) 523 a 530, folios 6538 a 6540, donde LI. recuerda a Jorge que la cita era a la 1 (¿Lunes 11?). b) 633 a 654, folios 6548 a 6556, donde LI. le recuerda a Jorge la cita, y éste por otro teléfono, escuchándose la conversación, habla con Mayte, Secretaria de Manolo, que le dice que ha terminado la reunión con Navascués y Manolo está con Tavira y los demás. El problema que resta es el de calificar la conducta conforme al art. 367, o, bien de acuerdo con el art. 368, ambos del CP de 1973 (reformados por LO-9/1991, de 22 de marzo). Algún sector doctrinal estima que el art. 368 es siempre subsidiario del 367, de tal suerte que si el uso va precedido de la revelación del secreto, habrá que aplicar éste, entendiéndose el uso como un acto copenado impune. Además, el tipo del art. 368, aparte de referirse a secretos o información privilegiada, restringe su ámbito de aplicación al uso de los mismos, que en este caso no llevó a cabo el funcionario, debiendo pensarse su conducta conforme al art. 367, que, más genéricamente se refiere, también, a información de que tenga conocimiento por

razón de su oficio o cargo y que no deba ser divulgada, y no a secretos o información privilegiada.

De acuerdo, pues, con la jurisprudencia (por todas STS 14/5/98 [RJ 1998\4877]) se dan los requisitos del tipo del art. 367, a saber: a) que el sujeto activo sea un funcionario público o Autoridad en los términos del antiguo art. 119 del CP, y 24 del vigente, como en este caso sucede.

b) que la acción comisiva consiste en revelar, es decir, en hacer público lo que no debe serlo, sea de forma oral o mediante la entrega a terceros de escritos o papeles.

c) que lo revelado puede ser un secreto o «cualquier otra información» que no deba ser divulgada, y que por ello no está sujeta a la previa declaración formal de secreto o que califique la materia como protegida. Es cierto, como sostuvo la defensa, que si el hecho objeto de la revelación es notorio, porque un número indeterminado de personas ya lo conoce, la revelación deja de ser lesiva para los intereses protegidos, ya que la falta de secreto de la noticia, hace desaparecer el delito. Sin embargo, en el supuesto que ahora se contempla, según se anticipó, la comunicación fue anterior a su transmisión a otras personas, lo que, precisamente, permitió a los otros acusados su utilización con el resultado que se refleja en el factum de esta sentencia. En cuanto al delito de tráfico de influencias previsto y penado en el art. 404 bis a) del CP de 1973, tras la reforma del año 1991, no sólo se carece de la más mínima actividad probatoria que acredite su comisión, sino que, por el contrario, las pruebas practicadas evidencian lo contrario, como lo corrobora la declaración del Sr. Tavira, que afirma como el Director General de Carreteras era partidario de la oferta de FOCSA, lo que acredita la veracidad de la declaración del Sr. L. M. cuando dice que no se le influyó en su decisión, que fue optar por una oferta distinta, es decir, la de Ocisa. Ello demuestra que D. Manuel O., no influyó en la resolución del Consejero, y por ello con respecto a este delito se ha de dictar un pronunciamiento absolutorio. En cuanto al delito de cohecho (art. 386 del CP/1973), del relato de hechos probados que esta sentencia recoge, de acuerdo con el art. 741 de la LECrim, no se desprende que el acusado solicitase o recibiese, en provecho propio o de un tercero, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa por ejecutar un hecho injusto. Al igual que se dijo en el fundamento de derecho precedente respecto del Sr. L. M., no se dispone de prueba para enervar la presunción de inocencia (art. 24 CE), y si es cierto que con motivo de la adjudicación de las obras de desdoblamiento de la CN desde el Puerto de las Pedrizas a Salinas, se abonaron comisiones ilegales, en cantidad acreditada de 53.315.000 ptas., no se ha probado que el Consejero y Director General de Carreteras de la Junta de Andalucía estuviesen implicados en dicha trama, que solo podría haber aclarado el fallecido Sr. Ll., quien de propia iniciativa, o a órdenes de otras personas, dirigió todas las operaciones que han determinado la celebración de este juicio.

CUARTO El acusado D Jorge O. M., viene imputado por sendos delitos de tráfico de influencias de los art. 404 bis b) y 404 bis c) del antiguo Código Penal (RCL 1973\2255) (artículos 429 y 430 del Código Penal [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777] vigente). El tipo del art. 404 bis b) exige como requisitos para su consumación:

a) la influencia a través del prevalimiento que a modo de predominio o fuerza moral se ejerce sobre la Autoridad o funcionario Público.

b) la presencia de una relación que tiene su origen en la influencia mencionada.

c) que a través de los dos requisitos precedentes, se obtenga una resolución que no se acomode a los intereses generales y

d) que se obtenga un beneficio económico para sí directa o indirectamente, o para un tercero. Es decir, estamos en presencia de un delito en que el resultado es doble, la resolución y el beneficio económico, con lo que la ausencia de cualesquiera de ellos nos llevaría a las formas imperfectas de ejecución.

En relación con este delito, y una vez se ha descartado anteriormente que la conducta de Jorge O. tuviera por finalidad la influencia sobre su hermano Manuel, y de éste sobre el Consejero, para obtener una resolución, habiéndose limitado aquél a intentar obtener información precisa de los expedientes de adjudicación de obras que se tramitaban en la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, es claro, que no ha podido ser cometida esta infracción, toda vez que falta aquella influencia basada en situación de prevalimiento, y por cuanto las resoluciones del Consejero, tanto del día 5/5/92 como la del 3/6/92, fueron libremente adoptadas por éste, según los criterios que le parecieron mas ventajosos y convenientes para los intereses de la Administración Autonómica. Las razones que anteceden han de conducir a un pronunciamiento absolutorio por tal delito.

En cuanto a la modalidad del art. 404 bis c) del anterior Código, se sanciona al que «ofreciendo hacer uso de influencias acerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitasen de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptasen ofrecimiento o promesa». Dicho delito, objeto de crítica por algún fallo jurisprudencial (STS 10/3/98 [RJ 1998\1986]), por la falta de simetría entre la sanción que corresponde al que influye y la falta de sanción al que se deja influir, enturbia según la citada sentencia, considerablemente, la interpretación lógica que ha de darse a estos delitos al ser muy difícil determinar, aunque sea, en cada caso concreto, el contenido tanto cuantitativo como cualitativo, de la «influencia», es decir, del grado de antijuridicidad que acompaña al agente comisar, guardando su descripción una indudable afinidad con el delito de cohecho, ya que ambos tienen como finalidad o meta inicial y común «evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos», lo que produce como consecuencia que aún cuando las influencias que se ofrezcan fuesen meramente supuestas se consumara el tipo, como se consuma el de cohecho cuando la dádiva fuere solicitada, abstracción hecha de los resultados ilícitos perseguidos, esto es de la realidad y aun posibilidad misma, es decir, del carácter serio y cierto o meramente putativo de la ilícita actuación pretendida a través del cohecho (STS -29/11/85 [RJ 1985\5503] , que cita la de 30/11/71 [RJ 1971\5280]).

Por otra parte, no hay que olvidar que estamos en presencia de un delito de exclusiva comisión dolosa, consumación unilateral y de simple actividad en el que es independiente que se haga uso o no de la influencia, pues el delito se consuma con el simple ofrecimiento, sin que quepan formas imperfectas de ejecución, siendo indiferente, además, que se disponga o se tengan esas repetidas influencias que pueden no existir, por lo que el delito habrá que entenderlo cometido también por el simple hecho de alardear de aquellas para obtener alguna clase de beneficios.

No ofrece duda la comisión del delito por D. Jorge O., aún cuando las relaciones directas con la empresa Ocisa las llevara a cabo el Sr. Ll., ocupando aquel la posición de autor (art. 27 y 28 del CP), no solo por el acuerdo o concierto previo entre ambos (STS 6/4/98 [RJ 1998\4017]), sino por aplicación de la doctrina en relación a los coautores del «dominio funcional del hecho», que por la división del trabajo de cada uno, no requiere la realización personal y material de todas las partes del hecho dentro de esa planificada ejecución conjunta (SSTS 24/3/98 [RJ 1998\2356] ; 8/2/91 [RJ 1991\915] y 11/11/98 [RJ 1998\8623]), siendo determinantes las conductas de ambos, con aportación material y causal en la dinámica de los hechos a través de los cuales obtuvieron importantes beneficios en su actuación de presión, para el cobro de cantidades de forma ilícita. Como medio de prueba en este caso para inculpar a D. Jorge O., se cuenta con sus declaraciones en la fase de instrucción, a pesar de su negativa a declarar en el plenario acogiéndose al derecho constitucional que le asistía. Obviamente, como se decía en la sentencia de esta misma sala de fecha 12/11/98, rollo 697/96, si el Tribunal puede optar por la primera declaración de quien se retracta de ella y la rectifica en el juicio, más razonable será permitir esa solución cuando el acusado, sin llegar a retractarse, se acoge a su derecho constitucional de no declarar.

Así la STS 29/11/97 (RJ 1997\8535) , declara que en nuestro sistema penal, los acusados no tienen obligación de declarar ni de autoincriminarse, añadiendo que tal postulado (consagrado en el art. 24.20 CE [RCL 1978\2836]) como corolario de la presunción de inocencia (STC 161/97 (RTC 1997\161) , fundamento jurídico 6º) sólo significa que aquellos pueden guardar silencio e, incluso, no decir la verdad al prestar declaración.

Mas cuando existen otras evidencias objetivas contra ellos (en este caso las propias declaraciones autoinculpatorias emitidas en legal forma), el legítimo ejercicio de tales derechos, omitiendo dar explicaciones convincentes acerca de su comportamiento frente a tales evidencias, no deben impedir que tal silencio, en situaciones que claramente piden una explicación por su parte, sea tenido en cuenta al evaluar la persuasión de la evidencia aducida por la acusación (en tal sentido Stedh de 8/2/97, caso Murray contra Reino Unido, y STS -2 1/6/85 [RJ 1985\3041]).

Esas primeras declaraciones de D Jorge O. respecto a su implicación en los hechos y que determinan su autoría respecto del referido delito se desprende, además, de muchos pasajes de las grabaciones telefónicas, de entre las que, aparte las ya reseñadas, se pueden citar:

a) cinta número 9, grabada del día 8 al 18 de abril, al teléfono ..., de Ll., pasos 74 a 84, folios 3864 a 3869, donde Jorge dice a aquel, que mañana se despide de Manolo por vacaciones de Semana Santa, y Ll. le dice que se entere de algo, a lo que le contesta que el tema va a bien y habrá que esperar 15 ó 20 días.

b) Cinta número II, del 24 al 30 de abril, al mismo teléfono, pasos 89 al 113, folios 3959 a 3970, donde Jorge dice a Ll. que Manolo le ha dicho que estará liquidado antes del día 15 de mayo. c) Pasos a 303 a 307, de la misma cinta, folios 3977 a 3979, donde Jorge dice a Ll. que Manolo el lunes (¿27 de abril?), tomando café, le dará noticias.

QUINTO Por último se acusa a D. Jesús R. B. de un delito de cohecho, otro de falsificación de documento mercantil, de un delito de tráfico de influencia y otro de presentación en juicio de documento mercantil falso [art. 391, 303, en relación con 302, 1 y 9, 404 bis b) y c) y 304, todos del Código Penal de 1973 (RCL 1973\2255) y 423, 392 en relación con el 390, 1 y 2, 429 y 430 y 393 del Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777)] y a D. Luis N. M. de un delito de falsificación de documento mercantil, de un delito de presentación en juicio de documento mercantil falso y encubridor de un delito de cohecho y tráfico de influencias (art. 303, en relación con el 302, 1 y 9, 304, 391, 17 y 404 bis c), del Código Penal de 1973 y sus correlativos, según se han mencionado anteriormente del Código Penal vigente).

En relación con el delito de cohecho, la jurisprudencia (por todas, STS 9/3/94 [RJ 1994\1832]) ha venido proclamando el carácter y naturaleza unilateral que tiene en la regulación de nuestro Código Penal, que contempla dos figuras distintas (una el activo, y otra el pasivo) ambas de carácter unisubjetivo, de modo que de un lado los funcionarios públicos o los a ellos asimilados por el art.388, que soliciten o reciban una dádiva, son autores de los tipos previstos en los art. 385 a 390, tanto para de ellos la iniciativa solicitando la dádiva a un particular, como se limiten a aceptar la oferta o propuesta que el particular que les haga; y de otro a su vez los particulares son autores de la conducta tipificada en el art. 391 CP, tanto cuando «intenten» corromper, como cuando corrompan a los funcionarios, o, se limiten a aceptar la solicitud del funcionario.

Ello quiere decir, como afirma la STS 9/3/94 citada anteriormente, que la responsabilidad de cada orden de autores por los delitos por ellos específicamente cometidos, no excluye ni absorbe la responsabilidad el otro por el delito de cohecho que le es propio, o lo que es igual, dicho de otra manera, cada grupo responde de su propio delito (el cohecho activo o el pasivo) sin que le sean aplicables las reglas de la coparticipación criminal, ya que para la consumación de los respectivos tipos basta la unilateral iniciativa o proposición-solicitud, sin que sea exigible el 'pactum scaeleris' o convenio corruptor.

La modalidad del cohecho que ahora nos interesa, la del art. 391, desde la reforma del CP/1944 (RCL 1944\1058) , no admite las antiguas formas imperfectas. de ejecución que comportaban la tentativa y frustración,

siendo evidente que, en todo caso, la infracción quedara plena y perfectamente consumada con el «intento» de corromper que se recoge en el tipo.

Razones de política criminal, como dice la STS 16/12/98 (RJ 1998\10402) , con cita de la de 2/2/94 (RJ 1994\759) , exigen castigar al particular que trata de corromper la integridad del funcionario ofreciéndole dádivas o presentes, al margen y como incentivo añadido a su retribución oficial, poniendo en peligro su imparcialidad y objetividad, dándose ese ánimo corruptor cuando se entrega, como en este caso sucedió, una suma importante de dinero.

Por lo demás, las alegaciones que se hicieron pretendiendo justificar la legitimidad de los pagos de 25.315.500 ptas., en base a un contrato de opción de compra, y de 28.000.000 de ptas., como remuneración de Ocisa al Sr. LI. en su condición de colaborador directo del Sr. R., no se pueden aceptar.

Respecto a esa pretendida relación (laboral-mercantil la han llegado a denominar) mal se compagina con el comportamiento del Sr. LI., que al margen de los intereses de Ocisa pactaba con FOCSA, deduciéndose de sus conversaciones telefónicas con D. Jesús R. que esa pretendida colaboración no era sino una verdadera coacción para cobrar una comisión si Ocisa quería ser adjudicataria de la obra del Puerto de las Pedrizas a Salinas.

Además, extraña sobremanera, y es otro indicio serio para negar el carácter de colaborador del Sr. LI., con relación laboral, que el Director Regional de Ocisa, Sr. Navascués, ignorase tal extremo, como declaró en el juicio oral. Por otro parte, mientras el Sr. LI. en sus primeras declaraciones sumariales hablaba de contrato que aportara (lo que hace presumir se refería a contrato escrito), se contradice, después, cuando dice que es verbal, como sostienen los Sr. R., N. Y G., a pesar del amplio ámbito de obligaciones para las partes e importantes remuneraciones en millones de pesetas, que eran desconocidas para cualquier otra persona de la sociedad que no fuera el Sr. R.. En cuanto al contrato de opción de compra, la naturaleza de documento privado donde se hace constar, y su fecha (1/6/92) hacen seriamente presumir que no es sino una maniobra tendente a enmascarar los pagos ilegales, con intentos de corromper, de aquellos 25.315.500 ptas., careciendo el documento de la eficacia probatoria que se le quiere atribuir, y que, en definitiva, no puede tener otro alcance que el limitado que se deriva de los art. 1225 y siguientes del Código Civil. A todo lo dicho hay que añadir que resulta cuando menos sorprendente que se libren hasta 277 talones (por importe inferior a 500.000 ptas. todos ellos) por una suma ascendente a 127.801.530 ptas. (prácticamente coincidente con la de 127.690.400 ptas. que resulta de aplicar a 10s 472.568.189.640 ptas., oferta base de Ocisa el 4%, más el 10% de la cantidad resultante y el IVA, según los datos facilitados por LI. a G., en conversación telefónica que éste tiene reconocida) desde la fecha de 8/5/92 (aproximadamente cuando LI. conviene con R.) hasta el 31/7/92, en una cuenta de Caja, con la que se quiere encubrir que hasta el día de mayo referido y desde enero de 1992 no superó las 103.328 ptas. Por la misma razón, se debe resaltar el anómalo e injustificado proceder de ingresar en la que se dice CAJA-2, por el mismo método, desde el 9/1/92, importantes sumas, hasta alcanzar la cantidad de 94.317.407 ptas., que, sin otros movimientos hasta el día 19/8/92, en que se dice ingresar en diferentes entidades bancarias, habían permanecido improductivos.

Y que no se diga, que las referidas Cajas aparecen aperturadas a primeros del año 1992, cuando las obras de adjudicación a que se refieren las presentes actuaciones datan de mayo y junio del mismo año, porque ya por aquellas fechas los Sres. Pedro LI. Y Jorge O., manifestaron haber percibido otras comisiones de Ocisa.

Es decir, indicios y sospechas de que se llegaron a pagar los 127.690.400 ptas. de la comisión pactada los hay, lo que sucede es que no se dispone de prueba cumplida sobre el abono, y a que persona se pudo efectuar, de la cantidad resultante de deducir de aquella, los 53.315.000 ptas. percibidos a cuenta por el Sr. LI.. Así, teniendo en cuenta la naturaleza de delito de mera actividad que integra el cohecho que examinamos, y de que es indiferente, según la jurisprudencia, que la dádiva o presente vaya al funcionario o a un tercero, como expresamente se recoge después en el Proyecto de 1992 y se refleja en el CP de 1995 (art. 419 y siguientes) su consumación en este caso se ha de entender producida por el dolo del agente que entrega importantes sumas de dinero (acreditado, 53.315.000 ptas.) por la adjudicación de unas obras, en la creencia, y no puede ser de otra manera, de que con ello recompensaba que se hubiese concedido dicha adjudicación a su empresa, al margen de las «argucias» posibles de su intermediario, pues como decían las SSTs 30/11/71 (RJ 1971\5280) y 29/11/85 (RJ 1985\5503) , la consumación opera, abstracción hecha de los resultados ilícitos perseguidos y del carácter serio y cierto o meramente putativo de la ilícita actuación pretendida a través del cohecho. Autor directo y material del delito ha de reputarse a D. Jesús R. B., al ejecutar los hechos que lo integran (art. 12. 1º y 14. 1º del CP/1973 [RCL 1973\2255] y 27 y 28 del CP/1995 [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777]), según se ha razonado, alcanzando la responsabilidad criminal, en este caso, al otro acusado D. Luis N. M. S., quien a las órdenes directas de aquel, alteró sustancialmente documentación a nombre de la empresa pese a conocer el carácter delictivo de las actividades realizadas, con el fin de ayudar al autor material citado a eludir la acción de la justicia, impedir el descubrimiento del delito, y a la postre, conseguir su impunidad, por lo que su participación como encubridor, al concurrir los requisitos del art. 17 del antiguo Código, resulta patente, debiendo penarse su conducta conforme al mismo al resultar una pena más favorable aplicándose el art. 54 de dicho cuerpo legal en relación con los art. 391 y 390 del mismo, que el delito autónomo de encubrimiento no ya como forma de participación que ahora se contempla en el art. 451.

Por el contrario, la acusación que se verifica a D. Jesús R. y D. Luis N. de los delitos de tráfico de influencias, se ha de rechazar. De un lado, porque tratándose el delito del art. 404, bis c, de un delito de simple actividad, de exclusiva comisión dolosa y de consumación unilateral (como lo era el de cohecho del art. 391, que antes examinamos), en el que no tienen cabida formas de ejecución imperfectas, su avance en el « ITER CRIMINIS », si se llegase a influir en el funcionario, daría lugar a un concurso con el delito previsto en el art. 404, bis b, en grado de consumación, intentando o frustrado, según los casos a resolver por las reglas del art. 71.

Por otro lado, porque no hay que olvidar la análoga naturaleza de estos delitos con el de cohecho, de tal suerte

que penándose éste (art. 8 CP/1995 o art. 68 CP/1973), el castigo de ambas infracciones podría conculcar el principio « NON BIS IDEM », al quedar subsumido el presunto delito del tráfico de influencias en el delito de cohecho. Y, además, porque difícilmente se puede incardinar la conducta del Sr. R. en los preceptos citados, cuando ni ofrece influencia a funcionarios, ni influye directamente sobre éstos, limitando su actuación al pago de cantidades con el ánimo de corromperlos a través de un intermediario, lo que integra el cohecho por el que se le condena. Se imputa, por último, a los dos acusados, Sres. R. y N., el delito de falsificación de documento mercantil y el de presentación en juicio de documento mercantil falso. Como quiera que cuando es el propio falsificador el que usa el fruto de su actividad, reiterada y pacífica jurisprudencia (STS 22/10/98 [RJ 1998\9213] con cita de la de 2/10/90 [RJ 1990\7634]) declara que se está realizando un acto subsumido en el tipo que pena la falsificación, y que por consiguiente ha de quedar impune, vamos a examinar en primer lugar el delito de la falsificación en sí, que de darse produciría como consecuencia la impunidad de su ulterior uso o presentación en juicio.

No se puede olvidar en relación con dicha infracción, como dice la STS de 1/2/99 (RJ 1999\212) , que el delito de falsedad documental, y en este caso el de falsedad de documento mercantil (naturaleza que tiene la factura presentada donde se imitó y falsificó la firma, como se vera (STS 28/10/97 [RJ 1997\7843]) no es un delito de propia mano que requiera la realización corporal de la acción prohibida, de modo que pueden participar en el delito varias personas, ya realizando en forma colaboradora la acción descrita por el verbo rector del tipo, ya tomando alguna parte en la ejecución, ya participando idealmente en la misma, ya auxiliando a su comisión con actos necesarios o accesorios.

En definitiva, como dice la STS 7/4/99 (RJ 1999\3108) , con cita de la SS-15/6/94 (RJ 1994\4960) , 16/3/93 (RJ 1993\2312) y 29/5/93 (RJ 1993\4289) , la participación criminal es admisible en el delito de falsedad en cualquiera de las formas propias del concurso de delinquentes. Se aplica, pues, la conocida doctrina, a la que se ha hecho referencia con anterioridad, del «dominio funcional» del hecho, llegando este Tribunal a la plena convicción que la firma falsificada si no se verificó de forma directa y material por los acusados, sí fue ordenada y dirigida en su materialización por ellos, lo que les convierte en coautores de tal conducta. Partiendo, pues, del hecho de la falsificación de la firma (contundente al respecto fue el informe pericial emitido, que se ratificó y aclaró en el acto del juicio) y la participación de los acusados, se deben analizar los elementos que integran el tipo del art. 303, en relación con el 302.1 y 9 del CP-1973, y sus correlativos del CP-1975, esto es, el subjetivo en que se concreta el dolo falsario o voluntad de alterar conscientemente la verdad por medio de una acción que quiere trastocar la realidad convirtiendo en veraz lo que no es, y a la vez atacando la confianza que la sociedad en general tiene depositada en el valor de los documentos, y el objetivo, que es la materialización concreta de esa inveracidad cuando la misma es seria, importante y trascendente, de tal suerte que recaiga sobre extremos esenciales del documento, no inanes, inocuos o intrascendentes (SSTS 8/11/95 (RJ 1995\8092) , 21/1/94 (RJ 1994\84) , 28/9/95 (RJ 1995\6757) y la ya citada de 28/10/97 (RJ 1997\7843)).

Tales conceptos tienen plena vigencia, como proclama la última sentencia citada, cuando, igual que en este caso, se trata de falsedad en documento mercantil en que la autenticidad y seguridad del tráfico mercantil constituye la razón primordial de la incriminación de estas infracciones (STS 12/6/97 (RJ 1997\4671)).

Las facturas aportadas (folios 106 1 y 1063) son documentos (art. 26 CP/1995) y, además, mercantiles, porque se refieren, y son requeridos por la fase de ejecución o de consumación de contratos u operaciones mercantiles, tratando de probar un acto inherente al tráfico mercantil, o para formalizar o demostrar cualquier derecho de tal naturaleza (entre otras, SSTS 16/9/91 [RJ 1991\6388] , 16/5/91 [RJ 1991\3681] , 13/3/91 [RJ 1991\2130] , 16/6/92 [RJ 1992\5397] y 8/5/92 [RJ 1992\3766]). Se ha alegado por la defensa que el hecho falsario no recae sobre un elemento esencial del documento, como sería la firma, al no ser requisito exigible por la normativa sobre el IVA, olvidando que una cosa son las disposiciones legales fiscales y otra la normativa penal, de suerte que si aquellas no imponían la necesidad de firmar la factura, el hecho de estampar ésta, no viene sino a reforzar el dolo falsario e intención de los acusados para con su comportamiento mendaz conseguir la impunidad de hechos delictivos.

Por lo demás, el hecho de la falsificación imputada a los acusados no se contrae solo a la firma falsificada, sino, además, a la aportación de las 2 facturas y documento referente a la pretendida opción de compra, con un contenido total inveraz, al no responder el pago que con ellos se quiere justificar a la realidad de unos negocios jurídicos inexistentes.

En tales casos, de diferentes fallos del TS (sentencias 21/3/89 [RJ 1989\2727] , 18/9/93 [RJ 1993\6773] , 26/11/93 [RJ 1993\8824] y 25/6/99 [RJ 1999\5986] , entre otras muchas) se deduce que no estamos en presencia de la llamada falsedad ideológica (art. 302. 4 y 390.4, de los Códigos Penales de 1973 y 1995), que «faltando a la verdad en la narración de los hechos», sería impune conforme al vigente Código, cuando es cometida por un particular.

Tales sentencias, citadas por las más recientes de 28/10/97 (RJ 1997\7843) y 7/11/97 (RJ 1997\7844) , con mención del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que entiende por simular, «representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no sea», consideran que cuando el documento en su totalidad constituye una, falacia, se integra la falsedad a que se refieren al art. 302.9 del CP del 73 y 1 art. 390.2 del CP del 95, por cuanto que la factura que es incierta en su totalidad, esto es que se emite sin que ninguno de sus conceptos corresponda a una operación mercantil efectuada, comporta claramente una «simulación documental», al proclamarse la existencia de un soporte material falso, no meramente intelectual.

Para acreditar el abono ilícito de las cantidades antes citadas con el ánimo de corromper a autoridades o funcionarios públicos y la falsificación de documentos para dar cobertura a dichos pagos, aparte de los datos objetivos que avalan su realidad, ya referidos, se dispone de grabaciones telefónicas que lo corroboran, no solo

algunas de las anteriormente mencionadas, sino, además, de las siguientes:

a) cinta número 15, grabada del día 13 al 16 de mayo, al teléfono 4275348, de LI., pasos 3 al 32, folios 5173 a 5186, donde LI. dice a Jorge que G. y el de aquí están preparando los papeles para cobrar el 50%.

b) Cinta número 18, del 26 de mayo en adelante, al mismo teléfono, pasos 356 a 364, folios 5355 a 5359, donde LI. dice a G., que va para Ocisa y lleva todo preparado; recomienda sigilo.

c) De la misma cinta, pasos 524 a 575, folios 5360 a 5378, donde LI. dice a Jorge, que ha hablado con G., y, todo va bien encaminado y que mañana verá a G. y llamara a R. por si hay que acelerar.

d) Cinta número 19, del 29 de junio al 17 de julio, pasos 438 a 480, folio 555 1, dejando Jorge dos mensajes grabados en el contestador del teléfono 4230804, diciendo que va a ir a Madrid, y que tenía que recoger una documentación para llevársela a LI..

e) De la misma cinta, grabada al teléfono de Cauchao, S A pasos 656 a 661. Folios 5552 a 5554, donde LI. habla con su hija Cristina y le dice que vayan a recoger unos papeles a G. que los tiene preparados y que Jesús lo tiene todo justificado.

f) Cinta numero 12, grabada del 5 al 8 de mayo, al teléfono 4275348, de LI., pasos 689 a 698, folios 5474 a 5477, donde LI. le facilita a G. las cifras 2.568,4%, a eso le aumentas el 10%, porque eso es el importe de factura y el IVA.

g) Cinta número 3 5, grabada del 8 al 9 de junio, al teléfono de Consulting MicE, pasos 241 a 247, folios 6786 a 6794, donde LI. dice a G. que R. ha resuelto el tema y le dijo le daba instrucciones a N., a lo que G. contesta que el problema es de él que tiene que confeccionar las facturas.

h) Cinta numero 36, del 12 al 15 de junio del mismo teléfono, pasos 312 a 319, folios 6883 al 6887, donde Navascues le dice a G. que le he mandado eso a Luis, que te lo remitirá para que luego tu le lleves a Madrid lo que tengas que llevarle y le pregunta G. ¿cómo vamos?, responde Navascues, en metálico; vuelve a preguntar G. entonces lo hago dinero? Y responde Navascues, sí, si.

A mayor abundamiento, las declaraciones de Jorge O. en la fase de instrucción, en las que reconoce palmariamente que el dinero que llevaba procedía de comisiones cobradas a Ocisa por Pedro LI., demuestran de forma clara que la afirmación sobre unas supuestas relaciones jurídicas de colaboración o cualquier otra clase entre éste y el Sr. R. que justificasen cualquier pago por otro concepto, no se corresponden con la realidad.

SEXTO En la realización de los expresados delitos no se aprecia la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por lo que las penas a imponer, se acomodaran a lo dispuesto en el art. 61.4 y 66.1º del CP/973 (RCL 1973\2255) o 1995 (RCL 1995\3170) , respectivamente, según se considere como normas mas favorable uno u otro Cuerpo Legal. En cuanto a la «dilación indebida» que la defensa de D Jorge O. invoco para ser tenida en cuenta a la hora de determinar las penas correspondientes, se ratifican los razonamientos contenidos en el fundamento de derecho 1º de esta sentencia, y en el 3º del auto de 11/14/1999, de esta misma Sala, ponderándose por este Tribunal dicho alegato en la individualización de las penas que se dirán.

SÉPTIMO Por lo que respecta a la norma más favorable, por la entidad de las penas recogidas para los diferentes tipos en uno u otro Código, sobre cuya posibilidad se invitó a todas las partes a pronunciarse, se considera más favorable la normativa del antiguo Código (RCL 1973\2255) . De forma evidente, en los delitos de cohecho, encubrimiento de cohecho, revelación de secretos y trafico de influencias, los art. 391 y 390, 12, 3º, 17, 54, 367, 30 y 404 bis c) 1º del Texto Refundido de 1973.

Contienen penas más ventajosas para los acusados que las previstas en los art. 423.1, 45 1, 452, 417, 1, 42 y 430, 1º del vigente Código (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) , optándose por aplicar al delito de falsificación de documento mercantil el CP de 1995 que en sus arts. 392 y 390 1 y 2, recoge penas más favorables que las de los arts. 303 y 302 1º y 9º del CP de 1973.

Para el delito de cohecho, respecto de los condenados como autor (D. Jesús R.) y como encubridor (D. Luis N.), se ha de poner en relación el art. 39 1 del CP de 1973, con el art. 390, toda vez que no consta se pretendiese la realización por el funcionario público o la autoridad un acto relativo al ejercicio de su cargo que fuera delito o acto injusto, descartado al examinar el delito de prevaricación. Dicha posibilidad se deduce expresamente de la citada STS 16/12/98 (RJ 1998\10402) .

Por lo demás, la diferente penalidad que se impone a los citados acusados a los que se les condena por el mismo delito de falsificación de documento mercantil viene justificada por la indudable ascendencia del primero respecto del segundo en la relación laboral que éste tenía en la empresa Ocisa, de la que R. era Presidente del Consejo de Administración.

OCTAVO Como dice el art. 48 del CP/1973 (RCL 1973\2255) , toda pena que se impusiese por un delito o falta, llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provinieren y de los instrumentos con que se hubieren ejecutado, los cuales serán decomisados (en análogo sentido el art. 127 del CP/1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777)), lo que resulta de aplicación específica a los veintidós millones de pesetas que se ocuparon a D. Jorge O..

NOVENO Las costas que se imponen a los condenados en la 1 proporción que se dirá, lo es por imperativo legal (art. 109 del CP/1973 [RCL 1973\2255] y 123 del CP/1995 [RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777] , y 239 y 240.2 de la

LECrim [LEG 1882\16]), declarándose de oficio (art. 240.1 de la LECrim), respecto de los delitos por los que se declara la absolución.

No se incluyen las de las acusaciones particulares, porque aparte de no haberse formulado ningún pedimento al respecto (STS 17/5/96 [RJ 1996\4537]), la Sala 2ª del TS nunca la extiende a los casos de ejercitarse la acción popular (SSTs 21/2/95, 2/2/96 [RJ 1996\788] , 16/11/98 [RJ 1998\8628] , y 29/3/99 [RJ 1999\3128]).

Así, imputándose 15 delitos, con carácter principal, a los acusados (5), se habrán de dividir las costas en 15 partes, cuyo pago se deberá hacer efectivo, en la siguiente forma, 1/15 por D. Manuel O. M., 1/15 por D. Jorge O. M., 2/15 por D. Jesús R. B., y 2/15 por D. Luis N. M., declarándose de oficio las 9/15 partes restantes.

Vistos, además, de los preceptos legales citados, los restantes de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos condenar y condenamos a D. Manuel O. M., como autor responsable de un delito de revelación de secretos, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE SUSPENSIÓN DE CARGO PÚBLICO, y a la pena de MULTA DE CIENTO CINCUENTA MIL PTAS. (150.000 ptas.), con arresto sustitutorio de tres días para caso de impago, y al abono de la 1/15 partes de las costas causadas.

Debemos condenar y condenamos a D. Jorge O. M., como autor responsable de un delito de tráfico de influencias, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES MESES DE ARRESTO MAYOR, y al pago de 1/15 parte de las costas causadas. Debemos condenar y condenamos a D. Jesús R. B., como autor responsable de un delito de cohecho y otro delito de falsificación de documento mercantil, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de TRES MESES DE ARRESTO MAYOR Y MULTA DE CIENTO DIEZ MILLONES DE PTAS. (110.000.000 de ptas.) con tres meses de arresto sustitutorio para caso de impago, por el primero, y UN AÑO DE PRISION CON MULTA DE DOCE MESES Y CUOTA DIARIA DE CINCO MIL PESETAS (5.000 Ptas), con la responsabilidad personal subsidiaria legalmente prevista, por el segundo, y al pago de 2/15 partes de las costas causadas.

Debemos condenar y condenamos a D. Luis N. M., como autor responsable de un delito de cohecho, como encubridor, y otro de falsedad en documento mercantil, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de CIEN MIL PESETAS DE MULTA (100.000 PTAS.) Y CATORCE MILLONES DE PESETAS DE MULTA (14.000.000 de ptas.), con tres y quince días, respectivamente, de arresto sustitutorio para caso de impago, por el primer delito, y OCHO MESES DE PRISION Y MULTA DE SEIS MESES CON CUOTA DIARIA DE CINCO MIL PESETAS (5.000 ptas.), con la consiguiente responsabilidad personal legalmente prevista por el segundo, y al pago de 2/15 partes de las costas causadas.

Las costas no incluirán las devengadas por las acusaciones populares. Se absuelve a D. Juan José L. M. de los delitos de cohecho y prevaricación por lo que venía acusado, declarándose de oficio 2/15 partes de las costas causadas.

Se absuelve a D. Manuel O. M., de los delitos de cohecho y tráfico de influencias de que venía acusado, declarándose de oficio 2/15 partes de las costas causadas. Se absuelve a D. Jorge O. M., de uno de los delitos de tráfico de influencias por el que venía acusado, declarándose de oficio 2/15 parte de las costas causadas.

Se absuelve a D. Jesús R. B. y a D. Luis N. M. de los delitos de presentación en juicio de documento mercantil falso y del delito de tráfico de influencias de que se les acusaba, declarándose de oficio 3/15 partes de las costas causadas.

Se decreta el comiso de los VEINTIDOS MILLONES DE PESETAS (22000.000 de ptas.) que le fueron intervenidos a D. Jorge O. M., a los que se da el destino legal y reglamentariamente previsto. Déjese sin efecto las medidas cautelares adoptadas que puedan afectar a los pronunciamientos absolutorios.

A los condenados, en su caso, para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, le será de abono el tiempo en que, por razón de esta causa, estuvieron privados de libertad.

En las piezas separadas de responsabilidad civil se ratifican los autos por los que se declaró la solvencia de algunos acusados, debiendo continuarse ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA la tramitación de las piezas correspondientes a D. Manuel y a D. Jorge O. M..

Así, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Afectado por:

- Anulada. Sentencia TC 23 octubre 2003. (RTC 2003\184)
- Desestimado recurso. Sentencia TS 19 julio 2001. (RJ 2003\6472)

Voces:

REVELACION DE SECRETOS E INFORMACION PRIVILEGIADA FIGURAS DELICTIVAS

Revelar los secretos que conoce por razón de su cargo
Doctrina general

Requisitos:

[F. 3]

REVELACION DE SECRETOS E INFORMACION PRIVILEGIADA FIGURAS DELICTIVAS

Revelar los secretos que conoce por razón de su cargo
Debe estimarse

Director general de Carreteras que facilita a su hermano información sobre expediente

de adjudicación de obra pública:

[F. 3]

FALSEDADES (CP/1995)

Figuras delictivas

Falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación

En documentos mercantiles por particular

Debe estimarse

Creación ex novo de facturas falsas para acreditar una relación comercial

inexistente:

[F. 5]

PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

Figuras delictivas

Doctrina General

Requisitos:

[F. 2]

PREVARICACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS Y OTROS COMPORTAMIENTOS INJUSTOS

Figuras delictivas

Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dicte una resolución arbitraria en asunto administrativo

No debe estimarse

Consejero de Obras Publicas que dicta Resolución en asunto de adjudicación de obra movido por los intereses de la Administración:

[F. 2]

COHECHO

Figuras delictivas

Atender las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos

Debe estimarse

Presidente de consejo de administración de empresa constructora que entrega importantes cantidades de dinero con la finalidad de que le fuera adjudicada una determinada obra pública:

[F. 5]

PRESUNCION DE INOCENCIA

Pruebas válidas para enervarla

Intervenciones telefónicas

Valor probatorio

Transcripción mecanográfica: requisitos: doctrina jurisprudencial:

[F. 1]

PRESUNCION DE INOCENCIA

Pruebas válidas para enervarla

Intervenciones telefónicas

Reproducción en el juicio oral

Audición en el plenario: prueba de cargo válida:

[F. 1]

TRAFICO DE INFLUENCIAS

Figuras delictivas

Particular que influyere en un funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar un beneficio económico

Doctrina general

Requisitos:

[F. 4]

TRAFICO DE INFLUENCIAS

Figuras delictivas

Particular que influyere en un funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar un beneficio económico

No debe estimarse

Falta de influencia basada en situación de prevalimiento sobre las resoluciones a adoptar por consejero de Obras Públicas:

[F. 4]

TRAFICO DE INFLUENCIAS

Figuras delictivas

Solicitar de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptar ofrecimiento o promesa

Debe estimarse

Particular que ofrece hacer uso de su influencia con su hermano, director general de Carreteras, para conseguir la adjudicación de obra pública, a cambio del cobro de comisiones;

[F. 4]